

## 和仏法律学校講義録

著者	松岡 義正
出版者	和佛法律學校
巻	2-8
ページ	1-178
発行年	1901-11-25
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10114/5988">http://hdl.handle.net/10114/5988</a>

明治三十四年十一月二十五日發行

(第貳部)

三十四年度乙種講習科用

# 和佛法律學校講義錄

第八號

破產

法

(自三四五  
至六九一)

法學士 松岡義正



0205



A5e  
25  
B8

相手方ノ承継人ニ對スル取消權ノ效力ニ關シテハ法律上別ニ規定ナシト雖モ  
相續人ハ被相續人ト同一程度ノ責任ヲ負フ隨テ相續人ハ縱令善意ナリト雖モ  
被相續人ニシテ惡意ナル以上ハ取消ヲ排斥スルコトヲ得サルハ相續ノ法則上  
當然ニシテ又特定ノ承継人ハ取消ノ請求カ自己ニ對シテハ第一ノ取得者ニ對  
スルヨリ嚴格ニ主張スルコトヲ得ストノ區別ヲ以テ第一ノ取得者ト同一程度  
ノ責任ヲ負フ隨テ第一ノ取得者カ善意ナルトキハ縱令自己カ惡意ナリト雖モ  
取消ヲ排斥スルコトヲ得ルコトハ前述ノ法則ニ依リ瞭然タリ

(B) 日附ノ如何ヲ問ハス債權者ニ損害ヲ被ラシムル目的ヲ以テ爲シタル權利  
行爲 債務者カ債權者ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル權利行爲ハ相手方  
カ情ヲ知リタルトキニ限り之ヲ取消スコトヲ得第九九六條民法第四二四條獨  
逸破産法第三一條瑞西破産法第二八八條是レ廢罷訴權ノ原則ノ適用ニ外ナラ  
ス隨テ斯ル行爲ハ日附ノ如何ヲ問ハス又相手方カ破産債權者タルト第三者タ  
ルトヲ問ハス之ヲ取消スコトヲ得ヘシ

(a) 要件 廢罷訴權ノ原則ノ適用ナルヲ以テ取消スコトヲ得ヘキ行爲タルニ



174401

ハ第一ニ債務者ノ詐害意思ヲ要件トス債權者ニ損害ヲ加フルノ意思即チ詐害意思ニ於テ爲シタル權利行為タルニハ行為者カ其行為ヲ債權者ニ對シ其債權ニ對スル辨濟ノ可能ヲ奪フ目的ヲ爲シタルモノタルコトヲ要シ行為者カ其行為ニ因リテ債權者ニ對スル辨濟ノ可能ヲ奪フコトヲ認識スルヲ以テ足レリトセス蓋シ行為者カ其行為ノ結果トシテ當然債權者ニ損害ヲ加フルニ至ルコトヲ認識シタル事實ハ行為者カ詐害行為タル旨ノ證明ノ材料ト爲ルニ止マレハナリ債務者カ特定ノ債權者ヲ他ノ債權者ヨリ特別ニ利益セシメント欲スルノ意思ハ債權者ニ損害ヲ加フルノ意思ト同視スヘキモノニアラス此二者ノ意思ハ併存スルコトケルヤ當然ナリ

取消ナルヘキ行為カ破産者ノ代理人ニ依リテ爲サレタル場合ニ於テハ債權者ヲ詐害スル意思ノ存否ハ代理人ニ付キ之ヲ定ム但シ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒテ特定ノ行為ヲ爲シタルトキハ詐害ノ意思ノ存否ハ被代理人タル破産者本人ニ付キ之ヲ定ム(民法第一〇一條、獨逸民法第一六六條第二ニ相手方カ其情ヲ知リタルコトヲ要件トス相手方カ行為ノ成立ノ當時ニ於テ債務者ニ詐害意思

ハ存スルコトヲ知リタル以上ハ其取得行為ノ直接ナルト(相手方カ破産財團ニ屬スヘキ債務者ノ特定財産ヲ取得シタルト)間接ナルト債務者ノ財産上ノ損害ニ於テノ利益ヲ取得シタルト)ヲ問ハサルナリ但シ相手方カ行為ノ完成後ニ至リ始メテ其情ヲ知リタル場合ニ於テハ該要件ヲ缺クヲ以テ其行為ヲ取消スコトヲ得ス相手方ニシテ若シ行為成立ノ當時情ヲ知ルニ於テハ或ハ債務者ト共ニ權利行為ヲ爲ササルヘキヲ以テナリ相手方ノ情ヲ知ラサルコトカ其過失ニ因スルトキハ情ヲ知リタルコトト同視スルヲ正當トシ又取消サルヘキ行為カ相手方ノ代理人ニ依リ爲サレタルトキハ前述ノ法則ニ基キテ情ヲ知リタルヤ否ヤノ事實ヲ定ム(民法第一〇一條)相手方ノ一般承繼人ニ對シテハ何等ノ制限ヲ受クルコトナクシテ取消權ヲ主張スルコトヲ得レトモ其特定承繼人ニ對シテハ其權利取得ノ際ニ債務者ニ詐害ノ意思ノ存シタル旨ヲ知リタルコトヲ要ス其理由ハ前述シタル所ト同一ナレハ茲ニ之ヲ省略ス第三ニ債權者カ實害ヲ受ケタルコトヲ要件トス取消サルヘキ行為ニ因リテ破産財團カ破産債權者ニ完済スルニ不十分ト爲リタルトキハ勿論從前ノ有様ニ比シ尙ホ一層不十

0207

分ト爲リ將來不十分ト爲ル虞アリ若クハ不十分ト爲ルコトナシト雖モ外國所  
在ノ財産ヲ換價セサルヲ得サルニ至リタルカ如キ完済ヲ受クルニ困難ナル事  
情ヲ發生シタルトキハ債權者ノ實害ヲ受ケタルノ結果ヲ生シタリト謂フコト  
ヲ得ヘシ以上三要件ヲ具ヘサル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ス蓋シ債權者ニ實  
害ヲ被ラセサルニモ拘ラス取消ヲ許スハ徒ニ手續ヲ煩雜ナラシムルニ止マ  
リ何等ノ實益ナク又債務者カ詐害ノ意思ヲ有シ相手方カ之ヲ知ル場合ニアラ  
スハ法律上認容スルヲ得サル不法行爲ナルモノナケレハナリ法律ハ取消サ  
ルヘキ權利行爲ニ付キ何等ノ列記例示若クハ限定ヲ爲ササルヲ以テ法律上之  
ヲ解明セサルヲ得ス權利行爲ナルカ故ニ契約ノ如キ法律行爲ノミナラス請求  
ノ拋棄ノ如キ訴訟行爲亦取消スコトト爲ル(尙ホ民事訴訟法第四八三條參考又  
獨リ積極的行爲ノミナラス消極的行爲即チ債務者カ自己ノ資産ニ屬スヘキ財  
産ヲ維持シ又ハ債務ヲ免ルルカ爲メニ爲スヘキ意思表示ヲ爲サス若クハ手續  
ヲ盡テサル不行爲亦取消スコトヲ得時効ノ完成ヲ妨クルカ爲メニ中断ノ手續  
ヲ盡テサルノ類)然レトモ未タ自己ノ資産ノ一部分ヲ爲ササル財産ヲ取得セサ

ル不行爲ハ取消ヲ許サス蓋シ取消ノ目的ハ債務者ノ資産ヨリ離脱セタル財産  
ヲ再ヒ資産中ニ入ルルニ在ルヲ以テ未タ資産ニ屬セサルモノハ之ヲ如何トモ  
爲スコト能ハサレハナリ故ニ債務者ニ對シ贈與ヲ受ケ(前述ノ説明參考或ハ會  
社ノ理事ノ如キ多數ノ報酬ヲ受ケヘキ職務ニ就クコトヲ強フルヲ得ス相續ノ  
拒絕ニ關シテハ法律上爭アリ羅馬法ニ於テハ相續ノ承認ヲ專屬的權利ノ行使  
ト認メタルヲ以テ相續財産ハ承認ニ依ルニアラスハ相續人ノ資産ニ屬セス  
隨テ相續ノ拒絕ハ財産ヲ取得セサル不行爲ナルヲ以テ取消ノ目的ト爲ラナリ  
シ佛蘭西民法第七八八條ハ全ク之ニ反シ被相續人ハ相續ノ開始ニ因リ法律上  
當然被相續人ノ財産ニ付キ權利ヲ取得スルモノニシテ相續ノ承認ハ相續財産  
取得ノ行爲ニアラスシテ確認ノ行爲タルニ過キス隨テ相續ノ拒絕ハ債務者タ  
ル相續人ノ資産ニ影響ヲ及ボスヘキ不行爲トシテ取消ノ目的ト爲ル我民法第  
九八六條ニ於テ亦然ラン(前述ノ説明參考)

取消スヘキ行爲ハ假裝的行爲ニアラスシテ當事者間ニ於テ眞實ニ成立シタル  
行爲ナリ何トナレハ前者ハ法律上當然無効ナルヲ以テ之ヲ取消スノ必要ナク

レハナリ是ヲ以テ賣買ヲ假裝シテ成立シタル贈與ニ關シテハ取消ノ目的ハ賣買ニアラスシテ贈與タリ

(b) 取消ノ效果 取消權者取消ノ方法及ヒ取消ノ目的ハ前述シタル所ニ同シ故ニ之ヲ省略ス(A)ノ(b)參考)

(三) 登記ノ無効

破産宣告以前ニ於テ破産財團ニ屬スル債務者ノ財産上ニ有效ニ取消シタル抵當權不動産質權等ノ如キ第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件ト爲ス權利ニ關シテハ其登記ヲ破産宣告以後ニ於テ爲スコトヲ得ス蓋シ登記ハ當事者間ニ於テハ一ノ權利確認ニシテ且ツ破産宣告以後ノ登記ハ破産の清算ノ基本ヲ亂ルヲ以テ債務者ノ其財産ニ對スル管理及ヒ處分權喪失ノ結果トシテ之ヲ爲スヲ得タルノミナラス債權者ヲシテ速ニ登記ヲ爲サザレバ以テ債務者カ故ラニ之ヲ遲延シ支拂停止ノ狀態ニ於ケル嫌疑ヲ彌縫セントスルノ弊害ヲ防止スルニ在リ第九九二條……破産宣告ノ日マテ……佛蘭西商法第四四八條第一項白耳義商法第四四七條伊太利商法第七一〇條埃太利破産法第一二條等然レトモ破産宣告以

後ニ於テ破産者ノ取得シタル財産上ニ已ニ成立シタル權利例ヘハ相續財産上ニ設定シタル未登記ノ抵當權ノ類ハ破産宣告以後ト雖モ尚ホ有效ニ登記スルコトヲ得ヘシ何トナレハ不當利得ヲ許ササル原則ノ適用トシテ破産債權者ハ破産者ノ取得シタル財産ニ付キ其負擔ヲ除外シタル部分ニアラスンハ破産財團トシテ配當ノ用ニ供スルコトヲ得ナレハナリ獨逸破産法ハ權利ノ取得若クハ消滅ニ付キ土地臺帳若クハ船籍簿ニ登記スルニアラスンハ其效力ヲ生セサル物權獨逸民法第八七三條第八七五條第一二六〇條ニ關シテハ破産者カ其相手方タル權利者ニ對シ民法第八百七十三條第八百七十五條第一千二百六十條ニ基キテ爲シタル意思表示ノ破産宣告ニ因リテ破産債權者團體ニ對シ無効ト爲ラス但シ該意思表示カ破産者ノ爲メニ羈束力ヲ有シ民法第八七三條第二項第一二六〇條且ツ登記ノ申立カ破産手續開始以前ニ登記所ニ爲サレタル場合ニ限ル旨ヲ規定シタリ民法第八七八條隨テ斯ル申立ニ基キ爲シタル登記ニ因リテ取得シタル物權ハ破産債權者ニ對シ效力ヲ有ス登記カ破産手續開始以後ニ於テ爲サレタル場合亦該效力ヲ發生スルヲ妨ケス(獨逸破産法第一五條第二項)

破産宣告以前ニ於テハ債務者カ未タ財産ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失セサルヲ以テ支拂停止以後破産宣告以前ニ於ケル登記ハ有效タルコトヲ原則トス然レトモ法律ハ例外トシテ權利取得ノ時期ヨリ十五日ヲ經過シタル支拂停止以後ニ於ケル登記ヲ無効ト爲シタリ(佛蘭西商法等ハ無効ト爲サスシテ之ヲ取得シ得ヘキモノト爲シタリ我商法第九百九十二條ハ「……トキニ限リ……」登記ヲ爲スコトヲ得)規定シタルヲ以テ反對推理上之ニ反スル登記ハ無効ナリト論結セサルヲ得ス是レ破産ノ運命ヲ免ルルコトヲ得サル旨ヲ豫知シタル債務者ハ其財産上ニ設定シタル質權、抵當權等ノ登記ニ依リ財産的地位ノ不如意ナル事實ヲ公衆ニ表白シ爲メニ社會ノ信用ヲ失フコトヲ恐レ債權者ニ乞フテ故ラニ登記ヲ遲延シ信用ヲ維持シ取引ヲ繼續シ以テ一時ノ彌縫策ヲ試ミシムルモ其目的ヲ達セサルヨリ前ニ登記遲延ノ求メヲ認容シタル債權者ニ破産手續開始ノ旨ヲ豫知セシメ以テ登記ヲ爲サシムルト同時ニ爾後取引ヲ爲シタル債權者ヲ詐害シ大ニ取引ノ安全ヲ妨害スル害毒ヲ防止スルノ目的ニ出ラタルノミナラス斯ル求メニ應ジタル債權者ニ對スル怠慢若クハ共謀ノ責罰トシテ登記ニ必要ナル時

間即チ取得後十五日内ニ爲ササリシ登記ヲ無効トシ破産債權者團體ニ對シテ效力ナキコト宛モ無登記ノ抵當質權等カ第三者ニ對シ無効ナルト同一ノ實ヲ得セシメタル法意ナリ(佛蘭西商法第四四八條第一項、白耳義商法第四四七條、伊太利商法第七一〇條、佛蘭西商法第四百四十八條第二項及ヒ第三項ハ唯リ支拂停止後十五日ヲ經過シタル登記ノミナラス支拂停止前十日内ノ登記ヲモ仍ホ取消スコトヲ得ヘキモノト規定セタリ我商法ハ支拂停止後ニ於ケル登記ノミニ付キ無効ナル旨ヲ規定シタルニ過キス且ツ相手方カ其支拂停止ヲ知リタルコトヲ要件ト爲サス立法上ノ見解トシテ佛蘭西商法ト同一ノ規定ヲ爲スラ正當ト信ス蓋シ債務者ノ支拂停止前僅少ノ日數ヲ出ラサル登記ハ嫌疑ノ存スヘキモノナレハナリ)

債務者ノ支拂停止後ニシテ且ツ權利取得ノ時ヨリ十五日ヲ過キテ爲シタル登記ハ破産債權者團體ニ對シテ無効タリ(相對的無効)故ニ斯ル登記アルニ過キサハ物權ハ破産債權者團體ニ對シ其效力ヲ全ウスルコトヲ得ス又登記ノ無効ハ該團體ノ利益ノ爲メニ存スルヲ以テ管財人ノミカ之ヲ主張スルコトヲ得ルモ

ノタリ其他本節(一)ノ(B)ヲ參考スヘシ  
本節ヲ講了スルニ際シ一言注意スヘキモノハ如何ナル時期ヨリ如何ナル時期  
ニ至ルマナ本節ノ無効及ヒ取消ヲ主張スルコトヲ得ルヤノ問題はナリ獨逸破  
産法第四一條奧太利破産法千八百八十四年三月十六日法律第二十七號ハ破産  
宣告以後一箇年間ヲ以テ取消權行使ノ期間ト定メ我商法及ヒ佛蘭西商法等ハ  
別ニ明文ヲ以テ之ヲ定メサリシ商法第九百九十條第九百九十一條第九百九十  
二條及ヒ第九百九十六條等ハ既往ニ關スル破産宣告ノ效力ニ關スル規定トシ  
テ破産ノ宣告ヲ豫想スルカ故ニ破産宣告ノ時期ヨリ無効又ハ取消ヲ主張スル  
コトヲ得ヘク又無効及ヒ取消ハ破産債權者團體ノ利益ノ爲メニ存スルモノナ  
ルヲ以テ破産手續終局以後ハ之ヲ主張スルコトヲ得スト謂フヘシ蓋シ破産債  
權者團體ハ破産手續終局以後ニ存セサレハナリ

### 第三節 破産宣告ノ涉外の效力

世界ノ文化ニ伴ヒ通商貿易ノ發達學術技藝ノ進歩及ヒ博愛思想ノ傳播ヲ來シ

一國ノ臣民ニシテ數國ニ涉リ數種ノ商店ヲ有シ或ハ數多ノ財産ヲ有スルノ事  
實ヲ生シ隨テ又其國民力カ支拂ヲ停止スルノ事實ヲ生スル事實ノ發生シタル  
場合ニ於テ甲國裁判所ノ爲シタル破産ノ宣告ハ乙國ニ對シテモ亦其效力ヲ及  
ホシ如何ナル前提要件及ヒ如何ナル限界ノ下ニ於テ其國所在ノ財産ヲ破産財  
團トシテ吸收スルコトヲ得ルヤ否ヤ甲國及ヒ乙國ノ破産法規カ互ニ關係ヲ有  
シ且ツ抵觸シタル場合ニ於テハ如何ナル法則ニ基キテ之ヲ裁判スヘキヤ破産  
當事者ノ國籍ハ破産手續ニ於テ如何ナル影響ヲ及ボスモノナルヤノ問題ヲ  
生ス裁判權ニ關スル問題法規ノ適用ニ關スル問題當事者ノ國籍ニ關スル問題  
涉外の破産法ハ該三問題ヲ包含シテ成立ス而シテ本節ノ破産宣告ノ涉外の效  
力ハ即チ裁判權ニ關スル問題ヲ説明スルモノタリ  
破産宣告ノ涉外の效力ニ關シテハ屬地破産主義及ヒ普及破産主義ノ二者アリ  
第一屬地破産主義ハ甲國ノ破産主義力其效力ヲ乙國ニ及ボササル旨ヲ主張ス  
ル主義タリ此主義ハ破産者力有スル數國ニ散在セル財産破産の差押ヲ爲スニ  
ハ各財産所在ノ裁判所ニ於テ破産宣告ヲ爲スヲ要スルノ結果ヲ生ス故ニ學者



ハ該主義ニ多數破産主義ノ別名ヲ付シタリ其論據ノ(1)ハ破産ハ一ノ強制執行ナリ故ニ破産ノ宣告ハ内國ノ執行力(司法權ノ一作用)カ及フ區域内ニ於テ其效力ヲ及ホスノミ蓋シ獨立國ノ主權ハ唯一ナリ主權即チ領土ヲ支配スル權力ハ其性質上他ノ權力ヲ排斥シ同一領土ノ内ニ他國ノ權力ノ行ハルヲ認メス又二様ノ權力ノ同時ニ行ハルヲ許サレハナリ隨テ内國ノ破産宣告ハ其效力ヲ外國ニ及ホスコトヲ得ス但シ甲國及ヒ乙國カ國際條約若クハ法律ヲ以テ一國ニ於テ許サレタル執行力殊ニ破産力其效力ヲ他國ニ及ホス旨ヲ規定スルコトヲ得ヘシ然レトモ道ハ國家ノ權力ノ當然行ハル範圍外ニ於ケル執行權ノ擴張ニシテ特別ナル法律的作用ヲ必要トシ執行權ノ當然ノ效力ニアラサルナリ(2)ハ外國裁判所ノ爲シタル破産ノ宣告ハ縱令其形式カ判決ナル場合ト雖モ唯支拂ノ停止若クハ支拂ノ不能ヲ證明シタルモノニ外ナラス故ニ該證明ハ外國ノ破産宣告カ内國ニ其效力ヲ有スル原因ト爲ラスシテ却テ内國ニ於テモ亦破産ノ宣告ヲ爲ササルヘカラサルノ原因ト爲ル其他外國裁判所ノ爲シタル破産ノ宣告ハ縱令其形式カ判決ナル場合ト雖モ私法的關係ノ確定力ヲ有スルモノ

ニアラス故ニ執行判決ニ依リ内國ニ於テ其效力ヲ及ホスコトヲ得ス民事訴訟法第五百十四條ニ於ケル判決ニアラス隨テ外國ニ於テ開始シタル破産ニ於ケル管財人ハ其破産ニ基キ内國所在ノ債務者ノ財産ヲ破産財團トシテ引渡スヘキ旨ヲ求ムルノ權利ヲ有セス(3)ハ破産法ハ取引ノ安全及ヒ其信用ヲ保護スルコトヲ目的ト爲ス故ニ公ノ秩序ニ關スル法規タルノ性質ヲ有ス隨テ國籍ノ如何ヲ問ハス苟モ破産制度ヲ認メタル國內ニ於テ取引ヲ爲シタル者ニシテ支拂ヲ停止シタル以上ハ其國法ノ下ニ於テ破産ノ宣告ヲ受クルヲ當然トス而シテ公ノ秩序ヲ保ツ目的ハ其領域内ニ止マルヲ以テ自國ノ破産宣告カ他國ニ對シ其效力ヲ及ホスコトヲ得サルヤ當然ナリ其他破産法ハ債權者ノ利益ノ爲メニ其共同擔保タル財産ノ喪失ヲ保全シ平等ノ配當ヲ監視スルコトヲ主タル目的トス故ニ破産法ノ直接ノ目的ハ破産者ノ資產ニ關係ヲ有シ破産宣告ノ效果トシテ發生スル破産者ノ無能力ノ如キハ從タル目的トシテ存在スルニ過キス隨テ破産法ハ財産法ニシテ無能力ハ唯破産ノ宣告ヲ爲シタル國內ニ存在セル財産ニ付キ關係ヲ有スルノミ國外所在ノ財産ハ破産者ノ自由ニ處分スルヲ得ル

所ナリ而シテ財産法ハ國家主權ノ不可分の觀念ヨリシテ權利者ノ國籍ノ内外ヲ問ハス自國內ノ總財産ヲ支配スルヲ通則トス故ニ破産事件ニ關シテハ財産所在地ノ國法タル破産法カ行ハレ同時ニ自國內ニ於ケル外國裁判所ノ破産宣告ノ伸張ヲ認メス(法例第一〇條第一項等、參考佛蘭西ノ「リオンカン」氏ハ破産法ハ破産者ノ財産ト之ニ關係ヲ有ス債權及ヒ其分配方法ヲ規定スルコトヲ目的トセス却テ債權者間ノ平等ヲ保テ利益ヲ保護スルコトヲ目的トス故ニ財産法ト謂フヘカラスト駁撃シタリ第二普及破産主義ハ債權者ノ住所地ニ於テ開始セラレタル破産宣告ハ其效力ヲ獨リ住所所在國內ニ於ケルノミナラス國外即チ外國ニ對シテモ亦當然及ホシ其所在財産ヲ吸收シテ一ノ破産財團ヲ成ス旨ヲ主張スル主義タリ此主義ハ債權者ニ對スル唯一ノ破産宣告ヲ以テ數國ニ散在セル財産ヲ各破産債權者ニ配當スルノ結果ヲ生スルヲ以テ學者ハ之ニ唯一破産主義ノ別名ヲ付シタリ此主義ハ近世ニ於テ伊佛獨ノ學者ノ主張スル所ニシテ其原因ハ蓋シ支拂ノ能力ナキ債權者ノ財産ヲ其總債權者ニ平等ニ配當スヘキ破産手續ノ目的ヲ達スルカ爲メニハ一國ノ法律ニ依ルコトヲ要ス財産所在

地ニ行ハルル數國ノ法律カ破産財團ノ配當ニ適用セラレルモノトセハ破産手續ニ煩雜ヲ來シ債權者ハ甲國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケタルモ未タ乙國ニ於テ之ヲ受ケサルヲ寄貨トシ乙國所在ノ財産ヲ處分シ破産手續ノ目的ヲ達スルノ妨害ヲ爲スニ至ルトノ思想ニ基ケリ其論據ノ(1)ハ破産ハ不可分ナリ唯一ナリ破産者ノ資産ハ唯一ナリ故ニ其分配ヲ目的ト爲ス破産亦唯一ナラサルヘカラス破産ハ破産者ノ唯一ノ資産ニ付キ總破産債權者ニ平等の満足ヲ得セシムルモノナルヲ以テ之ヲ分割スルハコトヲ得ス破産者カ數國ニ跨リテ數多ノ財産ヲ有シ又數多ノ債務ヲ負フコトアリト雖モ此等ノ財産の關係ハ破産者ノ生活ノ中心タル住所ニ適合セサルヘカラス隨テ該住所所在地管轄ノ裁判所カ爲シタル破産ノ宣告ハ各國ニ於テ之ヲ是認シ其效果ヲ其所在財産上ニ及ホサシメサルヘカラス然ラズシハ性質上唯一ノ資産ヲシテ財産所在地ノ異ナルニ從ヒ宛モ數多アルカ如クニ取扱フノ論理ニ反スルノ結果ヲ生ス殊ニ破産ハ主トシテ破産債權者間ニ平等ヲ維持スルコトヲ目的トス故ニ損失モ亦總債權者間ニ平等ニ分配セサルヘカラス平等ノ分擔ハ異ナリタル國家主權ノ爲メニ横斷セラル



ヘキモノニアラス

該論據ハ國家ノ權力ヲ無視シタルモノナルヲ以テ探ルニ難シ(2)ハ破産ハ裁判ニ因リテ確認セラレタル事實ナリ故ニ各國ハ破産ヲ事實トシテ是認セサルヘカラス其他破産ハ確定裁判ノ效力トシテ如何ナル所ニ於テモ有效ナラサルヘカラス該論據ハ何レモ其當ヲ得ス破産手續ノ開始ハ單純ナル事實ノ確認ニアラスシテ却テ鋭敏ナル強制效力ヲ生ス又破産宣告ハ當事者ノ係争關係ニ付キ裁判ヲ爲スモノニアラサルヲ以テ當事者ノ私法的法律關係ニ付キ確定裁判ノ效力ヲ生セス(3)ハ破産宣告ノ普及的性質ヲ是認セハ裁判ノ抵觸ヲ防止シ費用ヲ節減シ手續ヲ省略スルノ實益アリ殊ニ商事ハ萬國一視ノ性質ヲ有シ一國ノ領土内ニ踰越スルモノニアラス彼我ノ有無相通シ人類ノ幸福ヲ増進スルヲ目的ト爲スヲ以テ之ニ關スル法規ハ宜シク一般の性質ヲ有セサルヘカラス各國ノ法制ノ異ナルカ爲メニ同一ノ商事の關係ニ種種ノ法制ノ適用アルコトハ商業ノ發達ニ大害アリ利己ト嫉妬トヲ以テ成立スル國家主權ノ觀念ヲ以テ人類ノ一般ノ幸福ヲ増進スルコトヲ目的トスル商事關係ヲ待遇スルハ甚タ失當ナ

リ故ニ主トシテ商事ニ關係スル破産法規モ亦他商事ニ關スルモノト同シク一般の性質ヲ具ヘ一國ノ裁判所ニ於テ下シタル破産宣告ハ其效力ヲ各國ニ及ボサシメサルヘカラス又此ノ如キハ煩累ヲ省キ國際的商業ノ性質ニ伸フモノタリ其他破産ハ債務者ノ身分ヲ變更スルモノタリ破産ノ宣告ハ禁治產ノ宣告ト同一ナリ故ニ破産法ハ能力法タリ法律上人ハ之ヲ分ツコト能ハサルヲ以テ人ノ能力ニ關スル事項ハ其人ニ隨伴シ財産所在地ノ如何ニ關係ナキモノタリ故ニ破産宣告ハ人ノ能力ニ關スル事項トシテ當然外國ニ其效力ヲ及ボスヤ明カナ(破産ヲ身分關係カリト主張スル學派ニ依レハ人ノ能力ハ其本國法ニ從フヲ以テ自國ノ裁判所カ外國人ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スニ當リテハ先ヅ其本國法ニ準據セサルヘカラス若シ本國法ニシテ佛蘭西民法第三條ノ如ク在外佛國民ニ對シテモ尙ホ佛法ヲ適用セント欲スルモノナレハ自國裁判所ニ於テ破産ノ裁判ヲ爲ササルヘク若シ之ニ反シテ獨逸法ニ於ケルカ如ク在外ノ國民ヲ其住所地法ノ下ニ立タシムルモノナラハ自國ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スヲ正當トス但シ國家ノ自衛方法トシテ本國法ニ從ヘハ破産制度ナク又破産宣告ノ要件

ヲ缺クモ自國法ニ從ヒ破産宣告ノ要件ヲ具備スル外國人ニ對シ破産宣告ヲ爲スコトナキニシモアラスト雖モ這ハ元來公益ニ基ク一ノ制限ニ外ナラサルヲ以テ通則トシテ自國ノ裁判所ニ於テ爲シタル破産ハ外國ニ對シテ效力アリト謂ハサルヲ得ス該論據ハ何レモ失當ナリ國際條約ヲ以テ內國ノ債權者ノ利益ヲ保護スルノ方法ヲ定メスシテ外國裁判所ニ於ケル破産宣告ノ效力ヲ自國內ニ認ムルコトハ裁判ノ牴觸費用ノ増加及ヒ手續ノ煩雜ヲ來ス不利益ヲ除去スルヨリモ不利益ニシテ且ツ危險ナリ又破産ハ債務者ヲ行爲無能力者ト爲スモノニアラス人事上ノ法律關係ニ效力ヲ有スルモノニシテ財産上ノ法律關係ニ效力ヲ有スルモノナリ

余輩ハ破産ノ涉外的效力トシテ屬地破産主義ヲ正當トシ普及破産主義ヲ不當ト認ム蓋シ後者ハ理論上及ヒ實際上採用スルコト能ハサルモノナレハナリ破産ノ唯一ナル觀念ハ無制限ニアラスシテ却テ國家ノ執行權ニ於ケルト同シク領域的制限ヲ受クルヲ當然トス國家ハ破産ナル制限ヲ設ケ損失分擔主義ヲ實行ス而シテ之カ實行ヲ爲ス所以ハ國家ニ執行權アルカ爲メナリ國家ノ執行權

ニハ外國ニ及ハサルノ制限アルヲ以テ破産モ亦同一ノ制限ヲ受クヘキハ疑ナキ所ナリ破産普及主義ハ斯ル觀念ト矛盾ス故ニ理論上採用スルノ價值ナシ又債務者ノ總財産ヲ或一點ニ集合シテ之カ清算ヲ爲スハ一定ノ程度ニ至ルマテハ敢テ不可ナキニアラス何トナレハ清算ヲ迅速ニシ利害ノ調和スルノ便益アレハナリ然レトモ一定ノ程度ヲ超越スルニ於テハ即チ破産ノ效力ヲ當然外國ニ伸張セシムルニ於テハ種種ナル法律關係ト經濟關係トニ因リ手續ヲ非常ニ複雜ニシ殊ニ管財人ノ職務ハ最も困難ヲ極ムルニ至リ過失ト錯誤トニ依リ充實セラルルニ至ルヤ必然ナリ極東ニ住居スル債權者タル我帝國ノ臣民ニシテ其債權ノ届出ヲ爲スヘキモノト爲スカ如キハ果シテ債權者ヲ平等ニ保護シタルモノト謂フヲ得ヘキヤ商人破産主義ト一般破産主義トノ立法上ノ牴觸問題ハ如何ニ之ヲ決スヘキヤ此等ノ困難ナル事情ハ屬地破産主義ニ於テ悉ク之ヲ避クルコトヲ得ヘシ是レ余輩カ普及破産主義ヲ理論上及ヒ實際上ニ於テ採用スルコトヲ得スト云フ所以ナリ(主義)

普及破産主義ハ伊太利法學者殊ニ「カル」<sup>二</sup>「ロオレー」<sup>一</sup>ノルサ氏等ノ熱心ニ主張スル所ニシテ裁判例モ亦之ヲ認ムルノ傾アリ「千八百七十六年十二月十五日」ミラン府ノ判例「白國」ノ裁判例亦然リ「英吉利破産法」及「埃太利破産法」ハ原則トシテ動産ニ關シテハ普及破産主義ヲ認メ不動産ニ關シテハ屬地破産主義ヲ認メタリ是レ動産ハ其轉讓ノ容易ナルヨリシテ所有者住所地ノ法則ニ支配セラルヘキモノトシ外國ニ於ケル破産ノ宣告ハ自國所在ノ動産ニ效力ヲ及ホストノ理由ニ外ナラス「千八百六十八年埃太利破産法第五九條第六一條」佛蘭西學說及ヒ其裁判例ハ極メテ區區ニ涉リ甚タ曖昧ヲ極メタリ或ハ屬地主義ヲ認メ外國ニ於ケル破産宣告ノ有無ニ拘ラス佛國ニ於テ更ニ破産手續ノ爲メニ任命セラレタル管財人ノ申立ニ因リ外國裁判所ノ破産ノ裁判ニ執行判決ヲ付與シ以テ伊國ノ裁判所ニ於ケルト同シク破産宣告ノ普及的性質ヲ認メタリ「リオンカン」氏ハ「千八百八十一年五月二十八日大審院判決」佛蘭西商法ノ法意ニ適當スルモノト認メ外國裁判所ノ執行判決ヲ與フルニ因リテ效力ヲ生シ且ツ執行セラルルノノミト言ヘリ獨逸ニ於テハ當初「ヤビニ」氏カ普及破産主義ヲ唱ヘタリシカ「バ

ール」<sup>一</sup>「コーレル」<sup>二</sup>「キフエルト佛人」<sup>一</sup>「ターレル」<sup>二</sup>「トマン」氏等ノ見解ニ從ヘハ獨逸現行破産法ハ屬地破産主義ヲ認メタルモノノ如シ「獨逸舊破産法第二〇七條」新破産法第二三七條「千八百七十七年」獨逸帝國破産法制定以前ニ於テ普漏西破産法第二百九十三條「千八百七十一年二月二十一日」同年六月十三日及ヒ「千八百七十三年一月二十五日」<sup>二</sup>「ライプツヒ」<sup>一</sup>商事上等裁判所ノ判決カ既ニ屬地破産主義ヲ認メ該破産法制定以後「千八百八十二年三月二十一日」<sup>二</sup>「千八百八十四年十二月十一日」<sup>一</sup>「千八百八十五年一月十三日」及ヒ「二十一日」ノ帝國裁判所判決カ獨逸破産法ノ屬地破産主義ヲ認メタルコトヲ證明シタリ然レトモ獨逸破産法理由書「フツチング」<sup>一</sup>「ウキルモースキー」<sup>二</sup>「ベーター」<sup>一</sup>「ベン」氏等ハ獨逸破産法ハ屬地破産主義ヲ採ラスシテ甲國ニ於テ爲シタル破産ノ宣告ハ其效力ヲ乙國所在ノ破産者ノ財産ニ及ホストノ原則ヲ認メタレトモ諸國ノ破産法カ同一ノ原則ヲ認メサリシヲ以テ獨逸破産法第二百七條及ヒ第二百八條ニ於テ斯ル原則ニ對シ制限ヲ附シタルニ過キスト曰ヘリ余輩ハ獨逸破産法ノ解釋トシテ前説ヲ正當ト信ス

我國ニ於テハ破産宣告ノ涉外的效力ニ付キ從前ノ實例及ヒ學說ノ傾向ヲ知ル

コトヲ得ス是レ國交ノ日尙ホ淺キト外國トノ關係ニ於ケル破産法規ナキトニ  
ニ基ケリ(法例修正案理由書參考然レトモ獨立國ニ於ケル主權ノ觀念ニ基キ自  
國內ニ存スル債務者ノ財産ニ付キ外國ニ於ケル破産宣告ノ效力ヲ拒絕スルコ  
トヲ得ルハ法理上當然ナリ破産ハ前述ノ如ク一般の強制執行ナルヲ以テ屬地  
的關係ヲ有シ司法權ノ行ハルル領土外ニ效力ヲ及ホスコトヲ得サルモノタリ  
故ニ債權者ハ我帝國内所在ノ債務者ノ財産ニ付キ破産手續ヲ開始セント欲セ  
ハ破産法ノ規定ニ從ヒ管轄裁判所ニ破産宣告ノ申立ヲ爲ササルヘカラス若シ  
債務者ニシテ我帝國内ニ住所ヲ有セス營業所ヲ有セス隨テ管轄裁判所ナキ場  
合ニ於テハ民事訴訟法第十七條ニ則リ起訴シ且ツ執行ヲ爲スノ一途アルノミ  
而シテ内外ノ交渉益頻繁ヲ加ヘ取引ノ必要ニ基キ外交の手腕ヲ以テ所謂國際  
法ナルモノノ制定アル以上ハ少クモ破産ノ關係ニ於テハ抵觸問題ヲ制定スル  
共同的標準ノ設定アル以上ハ外國ニ於ケル破産ノ宣告カ我帝國内ノ財産ニ効  
力ヲ及ホスコトアルヘシト雖モ這ハ將來ノ事業ニ屬シ現今ニ於テハ全ク一ノ  
空想タルニ過キス故ニ取引ノ便益上國家相互ニ破産宣告ノ效力ヲ自國及ヒ外

國所在ノ財産ニ及ホスコトヲ適當ト爲サハ宜シク國際條約ヲ締結シテ其目的  
ヲ達セサルヘカラス千八百六十九年六月十五日瑞西及ヒ佛蘭西間ノ條約現行  
獨逸帝國破産法制定前ニ於テ普國カ他ノ獨逸諸國ト締結シタル條約ノ如キハ  
普及破産主義ヲ實行スルコトヲ得ヘキモノタルヲ立證シタリト云ヘリ我國ニ  
於テモ斯ル條約ヲ締結セント欲セハ該條約ノ參考ヲ忽ニスヘカラス之ヲ要ス  
ルニ破産宣告ノ涉外の效力ハ原則トシテハ屬地破産主義ニ依リテ之ヲ定メ變  
則トシテハ條約ニ依ル普及破産主義ノ實行タルコトアリト知ルヘシ主義ノ立  
法の勢力範圍

破産宣告ノ涉外の效力ハ屬地破産主義ニ依リテ之ヲ定ム故ニ(1)自國ノ裁判所  
ニ於テ爲シタル破産ノ宣告ハ自國所在ノ財産ニ又外國ノ裁判所ニ於テ爲シタ  
ル破産ノ宣告ハ其外國裁判所所在ノ財産ニ關係ヲ有スルノミ而シテ所在ノ場  
所カ常ニ特定セサル債權(破産者ノ)ニ關シ甲國破産者カ自國ニ住所クハ居所  
ヲ有シ或ハ自國ニ於テ或財産ヲ占有スルノ理由ヲ以テ(民事訴訟法第五九五條  
自國ニ於ケル破産財團ニ屬スト爲シ又同様ノ理由ヲ以テ乙國カ自國ニ於ケル

破産財團ニ屬スト爲シタル場合ニ於テハ前示ノ法則ヲ適用スルニ甚タ困難ヲ來スト雖モ「コーレル氏」ノ解スルカ如ク破産の差押ヲ爲シタル時期ノ前後ニ從ヒテ債權カ甲國若クハ乙國ニ於ケル破産財團ニ屬スル旨ヲ定ムヘキモノト思フ但シ第三債務者カ甲國若クハ乙國ニ於ケル破産ニ於テ支拂ヲ爲シタルトキハ其責ヲ免ルルヤ言フ埃タス(2)外國ニ於ケル破産ノ宣告ハ自國ニ於テ債權者カ破産者ニ對シ各別的ニ強制執行ヲ爲スコトヲ禁止セス隨テ債權者ハ破産者ニ對シ強制執行ヲ爲シ他ノ債權者ニ關係ナク辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ其受取リタル給付ヲ外國ニ於ケル破産財團ニ交付シ同國ニ於ケル破産法ノ原則ニ從ヒテ配當セシムルノ義務ナシ(獨逸破産法第二三七條第一項)(3)債務者ニ對シ自國ニ於テ請求スルコトヲ得ヘキ債權ハ外國ニ於ケル破産ノ宣告ニ拘ラス利息ノ發生ヲ停止セス(4)債務者ニ對シ自國ニ於テ請求スルコトヲ得ヘキ有期ノ債權ハ外國ニ於ケル破産宣告ノ爲メニ期限ノ利益ヲ喪失セス(5)債務者ハ其外國ニ於ケル破産ノ宣告ニ因リテ自國ニ存スル財産ニ付キ管理及ヒ處分權ヲ喪失セス故ニ債務者ハ該財産ヲ管理シ及ヒ處分シ且ツ該財産ニ關スル訴訟ノ當

事者トシテ自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得其他自國ノ裁判所ニ於テ訴訟行爲ヲ自ラ爲スコトヲ得又外國ニ於ケル破産宣告ニ依リ自國ノ裁判所ニ於テ債務者ニ對シテ繫屬シタル訴訟ハ縱令外國ニ於ケル破産ノ積極的若クハ消極的財團ニ關スルモノト雖モ中斷セラレルモノニアラス外國裁判所ニ於テ選定セラレタル管財人ハ自國ニ於テ破産者及ヒ破産債權者團體ヲ代表シ破産財團ヲ管理スルノ權限ヲ有セス隨テ外國ニ於テ破産手續開始ノ爲メニ自國所在ノ債務者ノ財産ノ引渡ヲ請求スルコトヲ得ス(6)外國ニ於ケル破産ノ宣告以前ニ於テ爲シタル債務者ノ行爲ハ自國ニ於テ嫌疑時代ニ屬スル行爲トシテ無効ト爲リ或ハ取消サルルコトナシ外國ニ於ケル破産債權者團體ノ爲メニ自國所在ノ財産ニ付キ取消權ノ存スルコトナシ蓋シ該財産ハ縱令取消ノ原因タル債務者ノ行爲ナキ場合ト雖モ外國ニ於ケル破産財團ニ吸收セラレヘキモノニアラサレハナリ(7)債務者ハ外國ニ於テ爲シタル破産ノ宣告ノ爲メニ自國ニ於テ身上の效果トシテノ權利ヲ喪失スルコトナシ(8)債權者ハ其債務者カ外國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケタルニモ拘ラス自國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケシムルカ爲メニ自國



内ノ管轄裁判所屬遺舊破産法第二〇八條同新破産法第二三八條ニ破産宣告ノ申立ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ債務者ノ受ケタル外國ニ於ケル破産ノ宣告ハ自國ノ裁判所ニ於テ支拂ノ停止若クハ其不能ノ證據ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ同一ノ債務者ニ對シ内外國ニ於テ二箇以上ノ破産手續ノ進行カ併存セタルトキハ債權者ハ各破産手續ニ於テ其債權金額ノ届出ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯不當利得ヲ許ササル原則ノ適用トシテ各破産手續ニ於テ債權金額ヲ超越スル配當總額ヲ受領スルコトヲ得サルノミ(屬地破産主義ノ適用ノ結果)

破産手續ノ終局ニ關スル屬地破産主義ノ適用ノ結果ハ後ニ述フル所アルヘシ

### 第三編 形式的破産法規

#### 第一章 破産機關

確實ナル秩序維持ハ人類ノ共同生活ヲ全ウスルノ要件ナリ故ニ國家ハ此秩序維持者トシテ共同生活ヲ爲ス各人ニ種種ノ場合ニ於ケル針路ヲ指示スル法規ヲ設クルヲ以テ足レリトセス此針路ノ有效ナル維持ノ爲メニ各人ニ保護ヲ供

給スルノ工夫ヲ爲ササルヘカラス而シテ國家カ君主ナルト法人ナルトニ拘ラス萬般ノ政務ヲ取扱フコトハ事實上ノ不能ナリ是ニ於テ秩序維持ノ爲メニ各人ノ保護ヲ職分ト爲ス官府即チ國家ノ目的ヲ以テ其目的トシ國家ノ意思ヲ以テ其意思トシ自己ニ獨立固有ノ目的及ヒ意思ナキ機關ヲ必要トスルヤ言フ埃タス隨テ破産ノ目的タル損失分擔主義ノ實行ヲ期スルカ爲メニ亦破産機關ノ存スルハ固ヨリ怪シムニ足ラス而シテ破産ノ民事訴訟タルコトハ疊ニ述ヘタル所ナリ故ニ破産事件ヲ取扱フ公ノ機關ハ司法裁判所タルヤ瞭然タリ然レトモ法律ハ破産事件ノ迅速終局ヲ期スルカ爲メニ破産主任官破産財團ノ管理ヲ爲サシムルカ爲メニ破産管財人及ヒ破産手續ニ於ケル犯行ノ有無ヲ調査セシムルカ爲メニ檢事ヲ以テ破産事件ノ公ノ機關ト爲シタリ其他法律ハ破産手續ニ於テ債權者團體ノ共同動作ヲ認メタリ故ニ其私ノ機關トシテ債權者集會ナルモノアルハ當然ナリ故ニ破産機關ニハ破産裁判所破産主任官破産管財人檢事及ヒ債權者集會ノ五種アリト謂フヲ得ヘシ左ニ此各機關ヲ略述スヘシ

## 第一節 破産裁判所

破産裁判所カ破産事件ニ付キ權限ヲ有スルコトハ文明諸國ノ立法例ノ互ニ一致スル所ナリ而シテ如何ナル裁判所ノ權限ニ屬スルヤノ問題ニ對シテハ二大法系アリト答ヘサルヲ得ス佛蘭西伊太利白耳義ノ如キ商人破産主義ヲ採用シ且ツ商事裁判所ヲ設ケタル諸國ノ法律ハ破産事件ヲ債務者住所ノ商事裁判所ノ權限ニ屬セシメ一般破産主義ヲ採用シ且ツ商事裁判所ヲ設ケタル諸國ノ法律ハ破産事件ヲ通常裁判所ノ權限ニ屬セシメタリ例ヘハ獨逸ノ新破産法第七一條第一項破産事件ヲ債務者ノ營業所若クハ之ヲ缺ク場合ニ於テ普通裁判所所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ權限ニ屬セシメ英國破産法ハ破産事件ヲ倫敦府居住ノ債務者ニ對スルトキハ高等裁判所其他ノ地方ニ居住シタル債務者ニ對スルトキハ郡裁判所ノ權限ニ屬セシメタルカ如シ但シ埃太利ノ破産法ノ如キハ一般破産主義ヲ採用シ商人破産ニ關スル特則ヲ設ケ且ツ商事裁判所ヲ設ケタル立法ハ破産者ノ商人ナルト否トニ隨ヒ破産事件ヲ或ハ通常裁判所或ハ商

事裁判所ノ權限ニ屬セシメタリ(埃太利破産法第五八條第一九三條我法律ハ商人破産主義ヲ認メタレトモ(商法施行法第一三八條第一項商事裁判所ヲ設ケサリシヲ以テ破産事件ヲ通常裁判所タル地方裁判所ノ權限ニ屬セシメタリ(裁判所構成法第二八條第一項商事裁判所ヲ設ケハカラナルコトハ商法草案ノ理由書緒言ニ説明シタリ參考ヲ望ム)左ニ破産裁判所ノ意義及ヒ權限ヲ略述スヘシ

## (A) 意義

破産裁判所ハ支拂ヲ停止シタル商人ノ營業地又ハ住所<sup>○</sup>地<sup>○</sup>ヲ管轄<sup>○</sup>スル<sup>○</sup>地方<sup>○</sup>裁判所<sup>○</sup>タリ(裁判所構成法第二八條商法第九七九條)

(a) 裁判所ハ國權ノ一作用タル司法權ヲ行使スル國家ノ機關ナリ此司法權ヲ行使スル裁判所ノ職權及ヒ職務ヲ裁判權ト謂フ司法權ハ法規ノ解釋及ヒ其適用ヲ目的トスル國權ノ作用ニシテ國家自存ノ目的ヲ達スルカ爲メニスル權力ノ作用ニアラサルコトハ諸君ノ既ニ知ル所ナリ司法權ノ行使ニ付キ裁判所ナル特別ノ機關ヲ必要ト爲スハ獨立的ノ行動ヲ擔保スルノ法意ニ外ナラス又同一ノ目的ノ爲メニ裁判所ノ主タル職員タル判官ノ地位ヲ鞏固ニシ適當ノ俸給

ヲ與ヘ以テ法定ノ原因アルニアラスンハ其意思ニ反シテ免職轉官スルコトナカラシメタリ裁判所構成法第七三條我全國ノ總テノ司法事件ヲ唯一ノ裁判所ニ取扱ハシムルコトハ事實上爲シ能ハサル所ナリ又裁判上ノ保護ヲ要求スルノ方法ヲ容易ナラシメ且ツ法則ノ解釋及ヒ適用ノ正當ナルコトヲ擔保スルコトハ當事者ノ利益ナリ是ヲ以テ我訴訟法ハ多數ノ裁判所ヲ設ケテ司法事件ノ種類ト數量トニ從ヒテ司法事務ヲ分配シタリ

事件ノ種類ニ從フ分配方法トシテハ事件ノ審判ニ付キ特別ノ智識ヲ要スルモノアルヲ以テ通常裁判所ノ外ニ特別裁判所ヲ設ケ事件ノ審判ニ關スル法規ノ解釋及ヒ適用ノ正當ナルヤ否ヤヲ調査セシムルカ爲メニ下級裁判所ノ外ニ上級裁判所ヲ設ケ事件ニ大小難易及ヒ緩急ノ區別アルカ爲メニ通常第一審裁判所ヲ區裁判所及ヒ地方裁判所ニ分ナタリ事件ノ數量ニ隨フ分配方法トシテハ我司法權ノ及フ範圍ヲ區分シ各區域内ニ生シタル司法事件ハ之ヲ其發生地ヲ管轄ヘル裁判所ニ取扱ハシメタリ破産事件ハ之カ審判ニ特別ノ智識ヲ要セザルヲ以テ通常裁判所ノ司ル所トシ破産事件ハ其之ニ關スル裁判ニ對シテ不服

申立ヲ認メタルヲ以テ上級裁判所控訴院及ヒ大審院ノ取扱フ所ト爲ルコトアリ又破産事件ハ其性質上重大ナルヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬シタリ其他破産事件ハ債務者ノ營業地又ハ住所地ノ管轄裁判所ノ支配スル所タリ而シテ余輩カ茲ニ破産裁判所カ地方裁判所ナリト言ヒタルハ民事訴訟法第五百四十三條第二項ニ於テ區裁判所ヲ執行裁判所ト看做スノ規定ト同一ノ趣意ニ由ル裁判所ノ意義及ヒ政務分配ノ法理

(b) 各裁判所ハ特定ノ訴訟事件ニ付キ審判ヲ爲スノ職權及ヒ職務ヲ有ス此職權及ヒ職務ヲ管轄ト謂フ故ニ管轄ハ裁判權ノ限界ニ外ナラス而シテ管轄カ事件分配法管轄法規ニ依ルトキハ法定ノ管轄ト爲リ當事者ノ契約ニ因ルトキハ契約ニ因ル管轄ト爲リ上級裁判所ノ指定ニ因ルトキハ指定ニ因ル管轄ト爲ル管轄法規ハ事件ノ種類ト其數量トヲ基礎ト爲スコトハ前述シタル所ナリ事件ノ種類ニ從フ管轄法規ニ基キ特定ノ裁判所カ特定ノ訴訟事件ニ付キ管轄ヲ有スルトキハ茲ニ事物ノ管轄アリ事件ノ數量ニ從フ管轄法規ニ基キ管轄ヲ有スルトキハ茲ニ土地ノ管轄アリ故ニ事物ノ管轄トハ特定ノ種類ニ屬スル事件ヲ



取扱フノ權限ニシテ土地ノ管轄トハ特定ノ區域内ニ發生シタル事件ヲ取扱フノ權限ナリ是ヲ以テ法定管轄ハ事物ノ管轄及ヒ土地ノ管轄ノ存スルニアラスンハ成立セザルモノト謂フヘシ破産事件ニ於テハ地方裁判所カ事物ノ管轄權ヲ有シ(裁判所構成法第二八條佛蘭西商法第四四一條第四五一條第四五四條普漏西破産法第一一五條第二二七條第三二〇條)債務者ノ營業所又ハ住所地ヲ管轄スル裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有ス(第九七九條)獨逸新破産法第七一條第一項佛蘭西商法第四四〇條第六三五條伊太利第六八五條等前者ノ理由ハ破産事件ヲ重大視シ合議裁判所ヲシテ鄭重ニ審判セザルノ法意ニ出テタルニ外ナラス然レトモ一般破産主義ヲ採用シ且ツ破産カ一般の強制執行ナル法理ヲ是認スル以上ハ獨逸破産法第七十一條ニ於ケルカ如ク區裁判所ノ管轄ニ專屬セシムルヲ正當ト信ス民事訴訟法第五四三條第五六三條獨逸ノコーレル氏曰ク區裁判所ハ執行裁判所ナルカ故ニ又破産裁判所タリ破産手續ハ執行手續ナルカ故ニ又裁判所ノ管轄ハ專屬タリ獨逸舊破産法第六四條第二〇二條第二〇八條獨逸民事訴訟法第六八四條第七〇七條後者ノ理由ハ此地ニ通常多ク破産ノ決定ヲ爲スニ必

要ナル判斷ノ材料並ニ帳簿及ヒ破産の執行ノ目的物タル財産ノ存スルカ故ナ

營業所トハ商工其他ノ職業ヲ營ム店舗所在地ニシテ民事訴訟法第一六條獨逸舊民事訴訟法第二二條營業者ハ常ニ該地ヲ營業ノ中心トシテ其業務ニ従事スルコト猶ホ住所ニ於ケルト同一ナルカ故ニ法律ハ該地ヲ住所ト同視シテ其地ヲ管轄スル裁判所ヲ破産裁判所ト定メタルモノト信ス隨テ營業所ハ住所ト同視スルニ足ルヘキ要件ヲ備ヘサルヘカラサルハ當然ナリ而シテ我破産法ハ民事訴訟法第十六條ニ於ケルカ如ク法律ヲ以テ別ニ要件ヲ規定セザルカ故ニ實際上ハ事實問題トシテ裁判官ノ判斷スル所ナリ立法上ノ見解トシテハ民事訴訟法ニ於ケルカ如ク法律ヲ以テ要件ヲ規定スルヲ正當ト信ス自然人ノ住所ハ各人ノ私法的生活關係ノ中心ヲ成ス特定ノ場所ナルヲ以テ破産法ニ於ケル住所モ亦各人カ私法的生活關係ノ中心ト爲サント欲スル場所ニ於テ永久ニ滞在スルノ意思アルト住家ヲ移轉スルカ如キ適當ナル行為ニ因リ此意思ノ實行アルヲ要件トス故ニ學生又ハ旅客トシテ一時特定ノ場所ニ滞在スルカ如キハ繼

令事實上數年ノ久シキ間滞在スルコトアリト雖モ之カ爲メニ其滞在ノ場所ヲ以テ住所ト認ムルコトヲ得ス又行商ノ如キ事實上旅行ノ爲メニ一定ノ場所ニ滞在スルコト少キモ苟モ此所ニ住家ヲ占ムル以上ハ此處ニ住所アリト認ムルコトヲ得ヘシ其他住所ニ關シテハ民事訴訟法第十條乃至第十三條及ヒ民法第二十一條乃至第二十四條ヲ參照スヘシ但シ民法第二十四條ニ所謂假住所ハ破産裁判所ノ管轄ヲ定ムル住所ニ代用スルニ足ラス何トナレハ該住所ハ單ニ或行爲ノ爲メニ住所ニ代用スルニ外ナラサルヲ以テ反對ニ論結スルトキハ住所ヲ以テ破産裁判所ノ管轄ヲ定ムル法意ニ反スルニ至ルヲ以テナリ法人ノ住所ハ民法第五十條及ヒ商法第四十四條ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ(民事訴訟法第一四條相續財産ニ對スル破産事件ニ關シテハ民事訴訟法第二十四條第一項ノ準用トシテ被相續人カ死亡ノ當時ニ於テ普通裁判籍ヲ有セシ裁判所ノ管轄ニ屬ス(獨逸新破産法第二一四條)

債務者カ數箇所ニ營業所ヲ有シ若クハ營業所ト住所ト其所在地ヲ異ニシタル場合ニ於テハ孰レノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スヘキヤノ問題ニ關シテハ

獨逸奧太利等ノ破産法ハ何レモ明文ヲ以テ之ヲ規定セリ例ヘハ獨逸ノ新破産法第七十二條第二項ハ先ニ破産手續開始ノ申立ヲ受ケタル裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲シ奧太利破産法第五十八條及ヒ第百九十三條ニ依レハ曩ニ破産ノ宣告ヲ爲シタル裁判所カ管轄權ヲ有シ又同時ニ數多ノ破産宣告アリタル場合ニ於テハ上級裁判所又ハ司法大臣カ其管轄ヲ定ムルニ似タリ佛蘭西ニ於テハ法律上明文ナシト雖モ商人カ民法上ノ住所ト商業上ノ住所乃チ營業所ヲ有スル場合ニ於テハ營業所管轄裁判所ヲ以テ破産事件ノ管轄裁判所トシ數箇所ニ營業所ヲ有スルトキハ主タル營業所管轄裁判所ヲ以テ破産事件ノ管轄裁判所ト爲スノ法則ヲ是認スルニ似タリ佛蘭西ニ於テハ數箇ノ場所ニ於テ異種ノ營業ヲ爲シタル商人ニ對シテ數多ノ破産宣告ヲ爲スコトヲ得トノ判例アレトモ學者ノ贊同セサル所ナリ我破産法ニ於テハ債務者又ハ債權者カ選擇シタル裁判所カ破産事件ヲ管轄スヘキモノト信ス蓋シ債務者カ數箇ノ管轄裁判所ノ中ニ付キ選擇權ヲ有スルコトハ商法第九百七十九條ニ所謂……其營業所又ハ住所……ノ法文ニ依リ又債權者カ斯ル選擇權ヲ有スルコトハ民事訴訟法

第二十五條ノ準用トシテ明白ナルノミナラス費用ヲ節略シ裁判ノ抵觸ヲ避クルカ爲メニ各法定管轄裁判所カ同一ノ債務者ニ對スル同一ノ破産事件ヲ審判スヘキモノニアラサルヲ以テナリ

債務者タル商人カ其支拂ヲ停止シタル後ニ於テ住所又ハ營業所ヲ變更シタルトキハ支拂停止ノ當時ニ存シタル住所又ハ營業所所在地ノ管轄裁判所ヲ以テ破産事件ノ管轄裁判所ト爲スヤ或ハ住所又ハ營業所所在地ノ管轄裁判所ヲ以テ破産事件ノ管轄裁判所ト爲スヤノ問題ニ關シテハ古來佛蘭西法學者ノ大ニ論爭スル所ナリ蓋シ此問題ハ職權的破産手續開始主義ヲ認メタル立法ト大ニ關係アルヲ以テナリ「ベタリード」「ルスアル」氏等ハ破産宣告ハ債務者カ其支拂ヲ停止シタルトノ既存ノ事實ヲ公認スルニ過キス加之住所所在地管轄裁判所ヲ以テ破産裁判所ト爲シタル所以ノモノハ破産事件ノ裁判ヲ爲スニ必要ナル判斷ノ材料ノ住所所在地ニ存スルヲ以テナリ然ルニ支拂停止ノ當時ノ住所ニ非サル住所ニハ此種ノ材料ノ存在セサルヲ以テ裁判所ハ十分ニ調査ヲ爲スコト能ハサルノミナラス債務者ハ支拂停止後直チニ其事情ヲ審理スルニ不便ナ

ル地ニ移轉シ實情發見ニ助カラサル妨害ヲ與ヘ遂ニ破産ノ宣告ヲ免レントスルカ如キ弊害ヲ來スヲ理由トシテ破産事件ニ關スル裁判所ノ管轄ハ債務者カ支拂ヲ停止セタル當時ノ住所ニ依リテ定マルモノト主張シタリ「リオンカン」及「ヒルノー」氏ハ管轄ハ裁判所カ審判ヲ爲ス當時ニ於テ存在スル事實ニ依リテ定ムヘキモノナルカ故ニ新住所所在地ノ管轄裁判所カ破産事件ヲ管轄スヘキモノナリト主張シ債務者ニシテ自己ノ商事ノ意ノ如クナラサルカ爲メニ他ノ場所ニ移轉シテ財産上ノ地位ノ改良ヲ圖ラント欲スルニ非スシテ却テ到底破産ノ宣告ヲ免ルヘカラサルヲ悟リ詐欺ノ意思ヲ以テ他ノ場所ニ移轉シ裁判官ノ認定ニ付キ利益アルコトアラント欲スル場合ノ如キハ此限ニ在ラスト附言シタリ獨逸破産法ハ佛蘭西ノ商法ニ於ケルカ如ク職權的破産手續開始主義ヲ認メサルヲ以テ管轄ハ破産手續開始ノ申立アリタル時ニ定マルモノトシ獨逸新破産法第七一條第二項前示ノ問題ニ重キヲ置カサリシ我破産法ニ於テモ亦原則トシテ職權的破産手續開始主義ヲ認メサリシヲ以テ商法施行法第一三八條民法第七〇條裁判所ト當事者トノ間ニ訴訟の關係發生ノ當時即チ破産宣告ノ

申立ヲ爲シタル當時ニ於ケル債務者ノ住所又ハ營業所所在地ノ裁判所ノ破産事件ノ管轄ヲ有スト主張スルヲ正當ト認ム(法定管轄)

破産事件ハ一ノ執行事件タリ故ニ執行裁判所ノ管轄ト同シク破産裁判所ノ管轄亦專屬タリ(民事訴訟法第五六三條)又當事者ノ契約ニ因リテ事件ヲ調査スルノ材料ニ乏シク又破産の執行ノ目的物タル財産ナキヲ通常ノ狀態ト爲ス營業所又ハ住所所在地以外ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルコトヲ得セシムルハ營業所又ハ住所所在地ノ管轄裁判所ヲ以テ破産事件ノ管轄裁判所ト爲シタル注意ニ反スルニ至ル故ニ契約ニ因ル管轄ハ破産法ノ認メサル所ナリト論結セサルヘカラス獨逸ノ新破産法第七十一條第二百十四條第二百三十八條第三項ハ斯ル趣旨ヲ明言シタリ是ヲ以テ破産裁判所ハ職權ヲ以テ先ツ管轄ノ有無ヲ調査セサルヘカラス而シテ管轄權ヲ有セサル破産裁判所ニ於テ破産手續ヲ開始セラレタルトキハ其決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得但シ其決定ヲ確定シタルトキハ訴訟上ノ欠缺ハ裁判ノ確定ニ因リテ補足セラルルモノナルヲ以テ有效ニ破産の執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ言フ俟タズ契約管轄

特定ノ事件ニ付テ裁判所ノ法定管轄カ明瞭ナルモ除外、忌避等ノ如キ法律上ノ障害若クハ裁判官ノ病氣、洪水等ノ如キ事實上ノ障害ニ因リテ此種ノ裁判所カ裁判ヲ爲スコト能ハサルカ或ハ裁判所ノ法定管轄カ積極的若クハ消極的ニ不分明ナル場合ニ於テハ直近上級裁判所カ管轄裁判所ヲ指定スルモノナリ裁判所構成法第一〇條、民事訴訟法第二七條第二八條破産事件ニ於テモ亦此等ノ規定ノ適用及ヒ準用トシテ前示ノ如キ事實ノ存スル場合ニ於テ直近上級裁判所カ管轄裁判所ヲ指定スルヤ疑ナシ獨逸ノ新破産法第七十一條ノ解釋トシテ破産事件ニ付キ裁判所ノ指定ニ依ル管轄ノ存スルコトハ學者間ニ爭ナキ所ナリ

我破産法ニ於テハ疑ニ逃ヘタルカ如ク破産事件ニ付キ數箇ノ法定管轄裁判所ヲ認メタルヲ以テ各破産當事者カ其選擇ヲ異ニシタルトキハ事實上多數ノ裁判所カ破産事件ニ付キ審判ヲ爲スコトアルニ至ルハ當然ナリ斯ル場合ニ於テハ裁判所構成法第十條(第三、法律ニ從ヒ……)ニ從ヒ管轄ノ指定アルコトト信ス立法上ノ見解トシテハ刑事訴訟法第二十七條及ヒ前述シタル獨逸埃太利ノ破

産法ニ於ケルカ如ク數箇ノ管轄裁判所アル場合ニ於テハ其中ニテ最初破産開始手續ニ著手シタル裁判所ヲ以テ其管轄ナリトストノ趣旨ヲ表示スル規定ヲ設ケテ成ルヘク指定手續ニ依レル煩累ヲ避クルヲ正當ト信ス指定管轄

(c) 支拂ヲ停止シタル商人ノミカ破産者ト爲ルコトハ商法施行法第百三十八條ノ規定スル所ナリ而シテ商人及ヒ其支拂停止ハ破産宣告ノ要件ナルカ故ニ後ノ説明ニ讓ル

## (B) 職權

破産裁判所ハ破産手續ノ開始及ヒ終局迄ニ停止ニ付キ裁判ヲ爲スノ權限ヲ有ス是レ畢竟法律カスル手續ニ關係アル效力ヲ獨立シテ行動スル官廳タル裁判所ノ宣告ニ結合セシメタルカ故ナリ(第九八二條、第一〇四八條、商法施行法第一三八條、獨逸舊破産法第九七條第一〇〇條第一項、第一五一條第一項、第一七五條第一項、第一八九條第二項、第一九〇條、第一八四條第二項、同新破産法第一〇五條、第一〇八條、第一六三條第一項、第一九〇條、第二〇三條、第二〇四條、第一九八條第二項)

破産裁判所ハ破産手續ヲ指揮シ且ツ之ヲ監督ス故ニ第一ニ破産主任官及ヒ破産管財人ヲ選定シ(第九八〇條第二項、第一〇〇八條乃至第一〇一〇條、獨逸舊破産法第七〇條、第七二條、第七五條、第七六條、同新破産法第七八條、第八〇條、第八三條、第八四條、第二ニ破産手續ニ付テノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ爲メニ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ必要ナル證據ヲ調ヘ殊ニ證人及ヒ鑑定人ヲ取調フルコトヲ得獨逸舊破産法第六七條、同新破産法第七五條、第三ニ破産者ヲ監督シ之ニ破産事件ニ關スル諸般ノ報告ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ必要ノ場合ニ於テハ引致及ヒ指揮監督ヲ命スルコトヲ得第一〇〇三條、獨逸舊破産法第九二條、第九三條、第九八條、第一一一條、同新破産法第一〇〇條、第一〇一條、第一〇六條、第一一二條、第四ニ指揮の命令ヲ發シ又裁判所ニ法律上ノ補助ヲ求メ(第九八〇條第三乃至第六、第一〇二三條、非訟事件手續法第一五二條、商法施行法第一四二條、第五ニ手續ニ關スル方法ニ付キ裁判ヲ爲シ未タ確定セサル債權ヲ有スル債權者カ債權者集會ニ加ハルヘキ權利ノ有無ヲ裁判ス(第一〇二八條、獨逸舊破産法第八七條、第八八條、破産裁判所ハ破産債權者團體ノ機關タル債權者集會ニ關シテ監督權ヲ有ス故ニ債權者ノ



集會ノ決議ニ關シ認可權ヲ有シ該決議カ總債權者ノ不利益ニ歸シ若クハ該決議ニ於テ多數ノ債權者カ不法ニ利益ヲ得ル場合ニ於テハ認可ヲ與ヘスシテ該決議ノ執行ヲ止メシムルコトヲ得是レ總テノ債權者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ取シタル多數決ノ勢力ヲ壓倒スルノ法意ヨリ出テ第一〇三七條第一〇四〇條獨逸舊破産法第一四九條第一七〇條同新破産法第一六一條第一八四條破産裁判所ハ債權調査會ニ於テ爭ハレタル債權ニ付キ裁判ヲ爲シ又取戻權ニ關スル訴ヲ裁判ス第一〇二七條第一〇一五條是レ破産裁判所ヲシテ此種類ノ訴訟事件ヲ取扱ハシムルヲ便利ト認メタルニ過キスシテ事物ノ性質ニ基キタルモノニ非ス何トナレハ此等ノ訴訟事件ハ其性質上破産手續ニ屬セザレハナリ故ニ獨逸ノ破産法ニ於テハ之ヲ破産裁判所ノ權限ニ委テサリシナリ

## 第二節 破産主任官

破産主任官ナル制度ハ千八百七年佛蘭西商法ニ於テ發明スル所ナルコトハ「ベタリード」氏ノ著破産法論ニ於テ明瞭ナル所ナリ故ニ佛蘭西法系諸國ノ立法ニ

於テハ多ク斯ル制度ヲ見ル(佛蘭西商法第四五一條、第四五二條、伊太利商法第六九一條、第七二七條、第七三二條、白耳義商法第四六二條、第四六六條等)獨逸法系諸國ニ於テハ埃太利ノ破産法ヲ除クノ外ハ特ニ主任官ナル制度ヲ認メサリシ蓋シ獨逸ノ破産法ニ於ケルカ如ク破産事件ヲ單獨裁判所ナル區裁判所ノ管轄ニ專屬セシムルトキハ當然主任官ノ必要ナケレハナリ(埃太利ノ破産法ハ破産主任官ヲ認メ其權限ハ佛蘭西商法ノ主任官ト大同小異ナリ埃太利破産法第六七條、第七〇條、第八〇條、第一一五條、第二一六條、第九一條、第一一二條、第一一三條但シ千八百七十三年五月五日以來破産宣告毎ニ主任官ヲ任命スル煩累ヲ避ケ裁判所長カ豫メ之ヲ選任シ以テ一箇年間ニ於ケル破産事件ヲ取扱ハシムルノ特色アリ英吉利破産法ニ於テハ亦特ニ破産主任官ナル制度ヲ認メス(英吉利從屬スル受寄官カ其職務ノ一トシテ破産主任官ノ職權ヲ行フニ似タリ)英吉利破産法第六九條、第七〇條)

我破産法ハ曩ニ述ヘタルカ如ク破産事件ヲ合議裁判所タル地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルカ故ニ佛蘭西商法ニ於ケルカ如ク主任官ナル制度ヲ認ムル必

要アリシナリ蓋シ合議裁判所ヲシテ破産事件全體ニ關シ終始指揮及ヒ監督ヲ行ハシムルハ迅速ニ手續ヲ進行セシムルノ妨害タルノミナラス徒ニ時間ヲ費スヲ以テ部員一名ニ破産事件ノ指揮及ヒ監督ヲ一任スルヲ正當ト爲セハナリ殊ニ我國ノ如ク管財人ノ行爲ヲ監督シ又之ニ認可ヲ與フルノ機關タル債權者委員會ノ設ナキ破産法ノ下ニ於テハ大ニ主任官ノ必要ヲ見ルナリ左ニ主任官ノ意義及ヒ職權ヲ略述スヘシ

## (A) 意義

破産裁判所ハ部員一名ヲ選定セテ之ニ破産手續ノ指揮監督ヲ爲シ且ツ破産裁判所ニ特種ノ申立ヲ爲サシム之ヲ破産主任官ト謂フ民事訴訟法第二百七十三條第二項等ニ所謂受命判事ト其性質ヲ同シウス

指揮及ヒ監督ノ權ハ其之ヲ爲スヘキ行爲ト同時ニ發生セシムルヲ要ス是ヲ以テ裁判所ハ債權者ノ意見ヲ問フコトナク破産決定ニ於テ主任官ヲ選定ス主任官カ死亡辭職其他ノ事實上ノ原因ニ基キ職務ヲ行フコト能ハサルニ至リタルトキハ勿論主任官ト破産者若クハ管財人トノ間ニ於テ民事訴訟法第三十二條及

ヒ第三十三條ニ規定シタル除外又ハ忌避ノ原因カ發生シタルカ如キ法律上ノ原因ニ基キ職權ヲ行フコト能ハサルニ至リタルトキハ民事訴訟法準用破産裁判所ハ事實上ノ必要ニ基キ選定ト同一形式即チ決定ヲ以テ主任官ヲ改選ス選定及ヒ改選ノ裁判ニ對シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス主任官ノ職務ハ其目的タル破産事件ノ終局ニ因リテ消滅スルヤ言フ埃タス

## (B) 職權

破産主任官ハ破産手續ノ指揮及ヒ監督ヲ爲シ又破産裁判所ニ對シテ法律上特定シタル申立ヲ爲ス(第九八三條第一〇一七條第一項第一〇四八條)指揮ヲ爲サシムルハ手續ノ迅速ニ進行セラルコトヲ欲スルカ爲メニシテ監督ヲ爲サシムルハ不公平ニ流レ或ハ管財人ノ私利ヲ營ムコトヲ防クカ爲メニシテ特定ノ申立即チ營業續行ノ申立並ニ破産終結決定ノ申立ヲ爲サシムルハ營業ヲ續行シ或ハ破産手續ヲ終結スルニ必要ナル前提要件ノ存否ヲ豫メ判斷セシムルカ爲メナリ佛蘭西ノ「リオンカン」ハ主任官カ斯ル監督權アルヲ形容シテ管財人ニ對ス

ル監督後見人ノ一種ナリト曰ヘリ(民法第九一〇條以下扶助料ノ給與第一〇〇七條報酬ノ給與第一〇一二條破産者家族其他ノ者ノ尋問第一〇二二條其他第一千十一條第一千十三條第一千十六條第一千十七條第二項第一千十八條第一千九條第一千二十條第一千二十一條第一千二十三條第一千二十七條第一千三十五條第一千三十七條第一千三十八條第一千四十條第一千四十三條等ニ規定セタル主任官ノ行爲ハ皆指揮及ヒ監督權ノ作用ニ外ナラス

商法第一千二十七條及ヒ第一千四十條ニ規定シタル主任官ノ演述ハ破産裁判所ヲシテ破産事件ノ進行上ニ關シ事情ヲ知ラシムルコトヲ目的トスルヲ以テ之ヲ聞カスセテ爲シタル裁判ハ違法タルコトヲ免レス然レトモ該演述カ當事者ノ供進後ニ爲サレタルノ故ヲ以テ當然違法ナリト謂フ能ハス何トナレハ我破産法ニ於テハ別ニ主任官カ演述ヲ爲ス時期ニ付キ規定シタル所ナク(佛蘭西ノ大憲ヲオンカン氏ハ供進前ニ爲スヘキモノトシ供進後ニ爲シタル演述ニ基テ裁判ハ違法ナリト曰ヘリ)是ヲ以テ裁判所ノ行爲ニ付キ主任官ノ演述ヲ聽キタル旨ノ證明アルコトヲ必要トス該證明ハ通常調書ニ記載スルヲ適當ト

スレトモ裁判中ニ主任官ノ演述ヲ聽キタル旨ヲ記載スル證明ハ違法ニ非サルヘシ

主任官ノ演述ノ形式ニ關シテハ法律上何等ノ規定ナキヲ以テ主任官ハ其自由ナル意見ニ隨ヒ或ハ口頭ニテ或ハ書面ニテ演述スルコトヲ得

破産主任官ノ演述ハ管轄裁判所ヲシテ破産事件ノ關係ヲ明白ニ認識セシムルコトヲ目的トスル意見タルニ過キスシテ主任官カ破産事件ニ關スル裁判ニ關與スヘキ旨ノ法律上ノ要求ヲ包含セス故ニ主任官カ其演述ヲ爲シタル破産事件ニ關スル裁判ニ關與セサルコトノ爲メニ裁判カ違法ト爲ルモノニ非ス然レ

トモ千八百九十年四月二日ノ白耳義大審院ノ判決ハ反對ニ決セリ  
破産主任官カ破産手續ニ於ケル指揮及ヒ監督權ノ作用トシテ發シタル命令ハ假執行ヲ爲スコトヲ得(第九八三條)是レ法律カ破産手續ノ迅速ニ進行セラルルコトヲ欲シタルト民事訴訟法第四百六十條第一項及ヒ第二項カ商法施行條例第二十五條ニ依リテ破産手續ニ適用セラレサルトニ基ケリ(商法施行法第一四七條此命令ニ對シテハ各利害關係人ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ



得第九八三條民事訴訟法第五八條參考而シテ即時抗告ニ因リテ破産裁判所  
カ破産主任官ノ命令ヲ審理スルニ當リ其主任官カ裁判所ノ構成員ト爲ルコト  
ヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ古來佛蘭西ニ於テ學者之ヲ爭ヘリ第一說ハ主任官ハ既  
ニ一ノ事件ニ付キ裁判ヲ爲シタリ故ニ第二審ノ裁判官トシテ同一事件ニ關與  
スルコトヲ得ス況ヤ此ノ如キ場合ニ於テハ裁判官ハ前説ヲ固ク執リテ動カサ  
ル傾アルカ故ニ適當ナル裁判ヲ下スコト能ハサルニ於テヲヤト主張シ消極的  
ニ論結シ第二說ハ破産主任官ノ命令ハ裁判所ノ裁判ニアラス故ニ前審ニ於テ  
裁判ニ關與シタリト謂フコトヲ得ス隨テ法律上裁判所ノ構成員タルニ妨ナシ  
ト主張シ積極的ニ論結セリ余輩ハ我破産法ノ解釋トシテ第二說ヲ採用スルヲ  
可ト信ス何トナレハ破産主任官ノ命令ハ民事訴訟法第三十二條第四號ニ所謂  
「前審」ノ裁判ニアラサレハナリ

### 第三節 破産管財人

債務者ハ破産宣告ヲ受ケタルニ因リテ當然破産財團ニ屬スヘキ財産ノ管理及

ヒ處分權ヲ喪失ス(第九八五條)各債權者ハ其債務者カ破産宣告ヲ受ケタルニ因  
リテ破産手續ニ依ラサル満足ヲ享有スルコトヲ許サレス故ニ破産財團ニ屬ス  
ル債務者ノ財産ハ其破産宣告以後ニ於テ破産者ノ管理及ヒ處分ニ任シ又破産  
債權者一箇人ノ自由ニ委スルコトヲ得ス破産財團ハ債權者團體ニ對スル平等  
的満足ノ用ニ供スヘキモノナルヲ以テ該團體ノ管理及ヒ處分ニ任スルヲ適當  
ト爲スニ似タリト雖モ破産宣告ノ當時ニ於テハ未タ破産債權者ノ多數ヲ知ル  
コトヲ得ス隨テ破産債權者團體ノ意思ヲ認ムルコト難シ斯ル方法ハ之ヲ採用  
スルコトヲ得ス多數債權者ノ集合ヲ待タンカ其時間ニ於ケル財團ノ管理特ニ  
債權ノ取立時効ノ中斷ノ如キ緊急ヲ要スル行為ハ之ヲ爲スコト能ハサルニ至  
ラン加之破産債權者團體ノ一人ニ一任スルトセンカ債權者非常ニ多數ナルト  
キハ徒ニ手續ノ煩雜ヲ來シ迅速ニ進行スルコトヲ妨クルニ至ルヘシ是レ我商  
法ニ於テ破産手續上ノ執行機關トシテ破産管財人ナル制度ヲ認メタル所以ニ  
シテ又文明諸國ノ破産法ノ認メタル所以ナリ左ニ管財人ノ意義及ヒ職權ヲ略  
述スヘシ

## (A) 意義

管財人ハ破産裁判所ノ選定ニ因リ主任官ノ指揮及ヒ監督ヲ受ケ破産財團ノ管理換價及ヒ配當ニ從事スル公ノ機關タリ

(a) 性質 管財人ハ公ノ機關タリ管財人ノ性質ノ論定ハ種種ナル實際上ノ問題ノ解釋ニ大ナル影響アルヲ以テ古來ヨリ學者之ヲ論争シタリ管財人ト第三者トノ訴訟ニ於テ破産者カ當事者ナルヤ隨テ該訴訟事件ノ證人タルコト能ハサルヤ該訴訟ニ關シテ言渡サレタル判決ハ破産者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ確定力ヲ有スヘキヤ管財人ハ破産者ニ對スル強制執行ニ對シ第三者トシテ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定シタル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ破産者ハ破産手續ノ終局後管財人ノ行爲ニ基キテ生シタル義務管財人ノ過失等ニ付キ責任ヲ負フ殊ニ管財人カ換價シタル破産財團ニ屬スル財産ノ瑕疵ニ付キ擔保ノ責任ヲ負フヤノ問題ハ一ニ管財人ノ性質ノ論定ノ如何ニ因リテ定マルモノタリ

管財人ノ性質論ハ之ヲ大別シテ二種ト爲ス代理主義官職主義即チ是ナリ

第一ノ代理主義ハ管財人カ代理人タルコトヲ主張スルノ學理ニシテ何人ノ代理人タルカノ問題ニ關セテハ此主義ヲ奉スル學者ノ見解各異ナレリ

(二) 管財人ハ破産財團ニ屬スル破産者ノ代理人ナリトノ學說ハ主トシテ獨逸ノ破産法理由書ヲ根據トシテ專ラ「ベータルゼン」「ウキルモースキー」「フツチン」氏等ノ主張スル所ナリ其論旨ノ大要ハ「管財人ハ破産者ニ代ハリテ破産者カ爲法律ノ意思ニ從ヒテ爲ササルヘカラサルコトニシテ破産宣告ヲ受ケタルカ爲メニ生シタル管理及ヒ處分權喪失ノ結果トシテ爲スコト能ハサルモノヲ爲スニ外ナラス故ニ獨逸破産法新第六條舊第五條ハ破産者ハ破産手續ノ開始ニ因リテ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失シ管財人カ之ヲ行使スル旨ヲ規定シタリ是ニ依リテ之ヲ觀レハ管財人ハ法律上當然破産財團ニ關シテ破産者ヲ代理スルヤ瞭然タリ而シテ管財人ノ代理カ破産債權者ノ利益ノ爲メニスルノ傾向アルハ破産財團カ破産債權者ノ平等の満足ノ用ニ供セラルヘキ性質アルヨリ生スル當然ノ結果ナリ法律ハ管財人カ破産債權者ノ爲メニ存シタル立法上ノ目的ニ背馳セスシテ破産者ノ債務ヲ履行スルコトヲ欲シタリ隨

ヲ管財人カ債權者ノ債權ヲ満足セシメ且ツ其利益ニ於テ行動スルコトアルモ管財人カ破産者ノ代理人タル資格ニ影響スル所ナシ唯管財人ハ善意ナル債務者カ破産宣告ヲ受ケサル場合ニ於テ爲スヘキ義務ノ履行ヲ爲シタルニ過キサレハシト云フニ在リ此派ノ見解ニ從ヘハ破産者ハ管財人カ破産財團ノ爲メニ取得シタル權利ヲ取得シ又管財人カ換價シタル財産ニ關スル瑕瑾ニ付キ譲受人ニ對シ擔保責任ヲ負ヒ管財人カ其權限内ニ於テ爲シタル行爲ハ破産手續終局以後ニ於テモ破産者ニ對シテ效力ヲ存セ管財人ハ法定代理人トシテ民事訴訟法第四三條獨逸舊民事訴訟法第五〇條破産財團ニ關スル自動的及ヒ他動的訴訟ヲ爲スコトヲ得其他占有者ノ意思ノ善惡問題ニ關シテハ破産手續開始以後ハ管財人ノ意思ノ善惡ヲ以テ標準トセテ之ヲ定ム(民法第一八九條)

(二) 管財人ハ破産債權者ノ代理人ナリトノ學說ハ主トシテ舊獨逸普通法ノ解釋トシテ行ハレタルモノニシテ現今ヘルマン氏ハ管財人ヲ以テ破産債權者各箇人ノ代理人ナリト主張シ「コーレル」「ゾイフェルド」「カンペンユタイン」「フランク」氏等ハ破産債權者團體ノ代理人ナリト主張シタリヘルマン氏ノ主張ハ

破産者ノ喪失シタル破産財團ノ管理及ヒ處分權ハ破産債權者ニ移轉シ管財人カ其共同代理人トシテ管理及ヒ處分權ヲ行使スルモノナリトノ思想ニ基ケリ「コーレル」「ゾイフェルド」氏等ノ主張ハ破産債權者團體ハ法律上債權者集會及ヒ管財人ナル二ノ機關ヲ有ス(任意)的機關トシテ債權者委員會アリ債權者集會ハ債權者團體ノ内部ノ關係殊ニ協同契約ニ付キ表決ヲ爲シ管財人ハ外部ニ對シ債權者團體ヲ代表ス故ニ前者ハ債權者團體ノ議決機關ニシテ後者ハ其執行機關ナリトノ思想ニ基ケリ債權者團體ノ代理人ナリト云ヘル學說ノ代表者ナル「コーレル」氏ノ論旨ノ大要ハ團體關係ハ共同機關ニ依ルニ非スシハ共同ノ意思ヲ發表シ且ツ之ヲ實行スルコトヲ得ス共同機關ニ依ラサルモノハ團體關係ヲ組織スル一私人ノ意思ノ集合ニシテ團體其モノノ意思ニ非サレハナリ是ヲ以テ破産債權者團體ニ於テモ亦團體ヲ組織スル各人ノ表決ヲ以テ成立スル議決機關ト執行機關ト二者アルハ當然ナリ管財人ハ破産債權者團體ノ執行機關トシテ其破産の差押權ヲ行使シ破産債權者團體ノ組織ニ際シテ不正ナル債權者カ參加セサルコトニ注意シ債權者間ニ配當ヲ實施シ破産者ノ引致

若クハ監守ヲ申立テ其特定行爲ノ取消ヲ請求ス管財人ヲ破産者ノ代理人ナリト主張スル學說ハ管財人ノ行フ取消權其他破産者ノ自由ヲ拘束スル目的トスル申立權ヲ正當ニ説明スルコトヲ得第一ノ論據破産者ハ行爲無能力者ニ非スシテ處分無能力者タリ行爲無能力ニ付テハ法定代理人ノ行爲カ債務者本人ノ意思ニ拘ラスシテ法律上有效ナリト雖モ處分無能力者ニ關シテハ債務者本人ノ處分ハ法律上無効ナルカ故ニ他ニ別段ノ規定ナキ限ハ本人ノ爲シ能ハサル行爲ヲ法定代理人カ有效ニ爲スコトヲ得ルト云フハ自家撞著ノ見解ナリ隨テ管財人ハ破産者ニ代リ其財産ヲ以テ破産者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ爲スコトヲ爲スト云ヘル見解ハ誤レリ(第二ノ論據管財人ハ破産債權者團體ノ代理人ナルヲ以テ第三者及ヒ破産者ノ權利ヲ尊重スルニ注意スルノ觀念ヲ排斥スルモノナリト速斷スヘカラス機關若クハ代理人ハ唯リ本人ノ權利ノミナラス取引上ノ關係アル第三者ノ權利ヲ尊重スルノ義務ヲ負フ殊ニ管財人ハ自己ノ判斷ニ訴ヘ公平ナル清算ヲ爲シ其職分ヲ全クセサルヘカラス管財人ハ此點ニ關シテハ債權者集會ノ爲メニ羈束セラルルコトナク自己ノ責任ヲ以

テ事ヲ行フ獨立ノ機關タリ恰モ株式會社ノ取締役カ會社ノ財産ヲ完全ニ維持シテ第三者即チ債權者ノ利益ヲ害セサルコトニ注意シ此點ニ關シテ株主總會ノ左右スル所ト爲ラサルニ同シク又船長カ旅客若クハ荷物ニ對シテ特別ノ義務ヲ負フト同一ナリ是レ蓋シ多數ノ利害關係ハ互ニ交錯シタル社會的性質ニ基ク當然ノ結果ニシテ苟モ複雜ナル職權ト共ニ且ツ種種ナル效力ヲ發生スヘキ關係ニ於テ團體ヲ代表スル者ハ機關トシテ共同利益ヲ注意シ且ツ團體ノ權利實行ニ際シテ第三者ノ權利トノ抵觸ナキコトヲ熟慮セサルヘカラス第三ノ論據ト云フニ在リ

佛蘭西商法第五百三十二條ハ「管財人ハ破産債權者團體ヲ代表スト規定シ」ベタリード氏カ債權者代理說ヲ主張シタルコトハ世人ノ知ル所ナリ普漏西破産法第一三一條參考此派ノ見解ニ從ヘハ雙面行爲ニ關スル管財人ノ決意ハ破産者ヲ拘束スルニ足ラス管財人ノ債務認諾ハ破産者ノ爲メニ效力ナシ管財人ノ職權内ニ於ケル過失ノ爲メニ生シタル責任ハ破産債權者團體カ財團債務トシテ負擔スル所ナリ管財人ハ破産者ノ名ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ求ムルノ權ナク又

破産宣告以前ニ於テ差押ヘラレタル破産者ノ財産ニ關シ未ダ強制執行ノ終了セサル場合ニ於テ管財人ハ債權者團體ノ代理人トシテ民事訴訟法第五百四十九條ニ基キ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

(三) 管財人ハ破産者ノ代理人トシテ破産財團ニ關スル管理及ヒ處分權ヲ行使スト雖モ取消權(商法第九九一條等)行使ニ關シテハ破産債權者ノ代理人ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ取消權ハ債權者ノ權利ニシテ又其行使ハ債權者ノ利益ノ爲メニスルモノナレハナリ破産者ノ監守又ハ引致ヲ求ムル申立權モ亦然リ蓋シ此等ノ權利ハ其性質上債權者ノ權利ト謂フヘク且ツ管財人カ破産者ノ代理人トシテ斯ル申立ヲ爲スト云フハ解スヘカラサルノ觀念ナレハナリ「破産者代理説」ノ代表者タル「ラキルモースキ」及ヒ「ペーテルゼン」氏等ハ斯ル攻撃ニ對シテ反駁ヲ試ミタリ其大要ハ取消權カ債權者ノ利益ノ爲メニ存シ管財人カ法律上之ヲ行使スルノ權利ヲ有スルハ債權者ノ利益カ管財人ノ職務上ノ口の即チ債權者ニ破産團體ヲ以テ平等の満足ヲ享有セシムルカ爲メニ破産財團ニ付キ破産者ヲ代理スルノ職務ト一致スルヲ以テナリ管財人カ破産債權者

ノ代理人タルカ爲メニ非サルナリ又申立權ハ管財人カ破産財團ニ付キ破産者ヲ代理スルカ爲メニ存ス管財人ハ斯ル權能ニ因リテ破産ノ目的ニ適セサル破産者ノ爲ス障害ヲ排斥スルコトヲ得管財人ハ法律上當然破産者ノ惡意及ヒ怠慢ニ對シテ破産者ヲ代表スト言フニ在リ「管財人ヲ以テ破産債權者各自ノ共同代理人ナリトスル學說」ハ管財人カ債權調查會ニ於テ届出タル債權ニ對シテ爲ス異議申立權ヲ正當ニ説明セス(第一〇二六條、第一〇三九條)獨逸新破産法第九九條又管財人ヲ以テ破産債權者團體ノ代理人ナリトスル學說ハ管財人ノ職務内ノ行爲カ破産者ニ對シテ效力ナキ不當ナル結果ヲ是認セサルヲ得「ラキルモースキ」以テ破産債權者團體ハ法律上認メラレタル權利主體ニ非ストシテ債權者團體代理説ニ反對スル學者アルモ余輩ノ贊成セサル所ナリ「ボツセル」「イエグ」氏等ハ此種ノ學說ヲ主張シタリ茲ニ二種ノ折衷說ヲ生シ又別派ノ學說ヲ生セリ別派ノ學說ハ破産財團ニ人格ヲ認メ管財人ヲ以テ之カ代理人ト爲シ專ラ獨逸ノ「フエルデルンドルフ」「スチーグリッ」氏等ノ主張スル所ナリ此學說ハ破産財團ニ人格アリトノ露見ニ基キタルモノナルヲ以テ現今ニ於テハ殆ト學者



間ニ忘レラレタリ蓋シ破産財團ハ權利ノ主體ニ非スシテ權利ノ客體タリ破産財團ノ主體ハ破産者タレハナリ第一種ノ折衷說ハ管財人ヲ以テ其職權ノ或部分ニ關シテ債權者ノ代理人トシ(殊ニ取消權ニ付キ)他ノ部分ニ關シテハ破産者ノ代理人トシ専ラ「ワツハ」シユルチエー「コザク」氏等ノ主張スル所ナリ余輩ハ之ヲ分割代理說ナリト謂フ第二種ノ折衷說ハ管財人ヲ以テ同時ニ債權者及ヒ破産者ノ代理人ト爲スモノニシテ専ラ「デルンブルグ」氏ノ主張スル所ナリ余輩ハ之ヲ同時代理說ナリト謂フ同時代理說ノ論旨ノ大要ハ管財人ハ公ノ委任即チ任命ニ依リテ其職務ヲ取扱フモノナリ其職務ハ破産者ノ財産ヲ以テ各債權者ニ優先的満足ヲ得セシメ又其原因ナキトキハ平等的満足ヲ得セシムルヲ目的トス法律ハ管財人ノ爲メニ其職務ヲ取扱フニ必要ナル手段ヲ認メタリ其手段ハ種種ナル法律上ノ性質ヲ有ス管財人ハ其職務上ノ目的ヲ達スルカ爲メニ破産者ニ屬スル權利ヲ主張シ換價シ必要ナル場合ニ於テ破産者ヲ代表スルノ權能ヲ有ス此場合ニ於テハ管財人ハ破産者ノ權利ヲ行使スルヲ以テ第三者ニ非スレテ破産者ノ代理人ナルコトハ固ヨリ怪シムニ足ラス破産債權者カ破

産宣言ニ因リテ新ニ取得シタル權利ヲ取得シ管財人カ該權利者ニ代リテ其權利ヲ行使ス此場合ニ於テハ管財人ハ破産債權者ノ代理人ニシテ破産者ノ代理人ニ非サルヤ洵ニ明瞭ナリ獨逸ノ帝國裁判所カ嘗テ管財人ハ破産者ノ代理人ニ非スシテ破産者カ其財産ニ關スル管財人ノ破産手續上ノ行為ヲ耐忍スルノ義務ヲ負フノミナリト云ヘル見解ハ事物ノ性質ニ適セサル結果ヲ來スヲ以テ贊成スルコトヲ得ス寧ロ管財人カ其職務ノ範圍内ニ於テ爲シタル行為ハ破産手續ノ終局以後ニ於テ其終局方法カ協議契約タルト配當タルトニ拘ラス破産者ノ爲メニ權利ト爲リ又ハ之ニ對スル義務トシテ存在スルヲ當然トス殊ニ管財人ノ法律行為及ヒ管財人カ受ケタル判決ハ其效力ヲ破産者ニ對シテモ存セナルヘカラス是ヲ以テ管財人カ破産財團ニ屬スル物件ヲ換價シ破産手續カ配當ニ依リテ終局シタル後ニ於テ讓受人カ第三者ヨリ讓受ケタル目的物ヲ追奪セラレタル場合ニ於テ讓受人ニ其追奪擔保ノ請求權ヲ否認スルノ理ナシ而シテ此請求權ハ破産者ニ對スルノ外ハ何人ニ對シテモ主張スルコトヲ得ス蓋シ管財人ハ破産者ノ爲メニ其財産ヲ換價シタルモノナレハナリ又破産財團ニ關

シ管財人ニ對シテ言渡サレタル確定判決ハ破産者ニ對シテモ亦確定力ヲ有ス例ヘハ管財人カ破産財團ノ爲メニ訴ヲ起シ其訴ノ目的タル權利ハ破産者ニ屬セサルノ故ヲ以テ請求ヲ却下シタル確定判決ノ如キ是ナリ但シ破産財團ニ屬セサルノ故ヲ以テ請求ヲ却下シタル確定判決ハ此限ニ在ラサルヤ當然ナリ(獨逸破産法第五百十二條第二項ハ我商法第四十九條ト異ニシテ破産者カ債權調査會ニ於テ明カニ爭ハサルトキニ限リ同會ニ於テ確定シタル債權ノ確定力ヲ破産者ニ對シテ存セシメタリ其他管財人ハ債權者及ヒ破産者ノ代理人トシテ其職務ノ終局ニ際シテ債權者及ヒ破産者ニ裁判上ニテ計算ヲ爲ササルヘカラス而シテ其力爲メニ開始セル期日ニ於テ異議ノ申立ナキトキニ限リ計算カ承認セラレタルコトト爲ル(獨逸舊破産法第七八條同新破産法第八六條舊西破産法第二七九條我商法第一〇四八條故ニ破産者代理説及ヒ債權者代理説ハ各一方ニ偏シテ中庸ヲ缺ケリト云フニ在リ現今佛蘭西ニ於テモ亦「マス」リオンカン氏等カ同時代理説ヲ主張シタリ「リオンカン氏」ノ見解ニ依レハ破産手續ノ簡易及ヒ手續費用ノ節約ノ目的トシテ法律ハ破産債權者全體ヲ團體ト稱シ

之ヲ一ノ法人ト看做シ管財人ハ其利益ノ爲メニ破産者ノ權利ヲ行使シ或ハ團體ニ屬スル權利ヲ行使ス(第九九〇條佛蘭西商法第四四六條破産者ニ屬セサル權利故ニ管財人ハ前者ノ場合ニ於テハ破産者ノ代表者ニシテ後者ノ場合ニ於テハ債權者團體ノ代表者ナリト言ヘリ分割代理説ハ管財人ノ職務ニ屬スル事項ノ種類ニ從ヒテ破産者代理説及ヒ破産債權者代理説ヲ折衷シタルニ外ナラサルヲ以テ別ニ其論據ヲ説明スルノ要ナシ

折衷説ハ管財人カ破産者及ヒ破産債權者ノ代理人ナルヲ以テ代理ノ法理ニ反スルノ嫌アリ民法第一〇八條殊ニ取消權ハ「ボッセル」氏ノ言フカ如ク破産債權者ニ屬セスシテ却テ其利益ニ於テ管財人ニ屬ス隨テ管財人ハ此點ニ於テ破産債權者ヲ代理スト謂フコトヲ得ス

是ニ於テカ近來學者カ他ノ方面ニ向テ管財人ノ性質論ヲ論究シ官職主義ナル學派ヲ爲セリ第二ノ官職主義トハ管財人ヲ代理人ト看做サスシテ却テ國家ノ機關トシテ其職務ヲ行フモノト爲スノ學說ニシテ獨逸「ボッセル」「エックル」氏等ノ主張スル所ナリ管財人ヲ裁判所ノ機關ト爲スノ學說ハ我商法ノ起草者タル「ロ

イヌレル」其他少數ノ學者カ唱ヘタル所ナレトモ成效シタルモノニ非ス官職主義ノ論旨ハ管財人ハ破産ノ目的ノ實行ノ爲メニ公益上設ケラレタル機關ニシテ其委任セラレタル職務ヲ施行スルコトヲ得ルノ原因ハ直接ニ法律ニ在リテ債權者又ハ破産者ノ代理人ト謂フヘキモノニ非ス債務者カ破産宣告ヲ受ケタルニ因リテ破産財團タル財産ノ管理及ヒ處分ノ權ヲ喪失シ管財人カ該財産ヲ管理及ヒ處分スルコトハ法律ノ規定ニ基ケリ管財人カ破産財團ニ對スル管理及ヒ處分權ハ法律ニ於テ認メラレタル所ニシテ隨テ其管理及ヒ處分ノ實體的效力ハ破産財團ノ主體ナル破産者ノ爲メニ發生スルモノナルコトモ亦法律ニ於テ認メラレタル所ナリト謂ハサルヘカラス故ニ管財人カ破産財團ニ關スル法律行爲ヲ爲シ又訴訟行爲ヲ爲スコトハ法律ニ於テ認メラレタル職權及ヒ職務ノ作用トシテ自己ノ名ニ於テ之ヲ爲シ代理人トシテ他人ノ名ニ於テ之ヲ爲スモノニ非ス唯破産財團ニ關シテ成立シタル權利及ヒ義務ハ破産財團ノ主體タル破産者ニ對シテ效力ヲ生スルノミト云フニ在リ(千八百九十二年三月三日獨逸帝國裁判所ハ此說ヲ是認シタリ)此學說ハ「コーレ」氏ノ攻擊スルカ

如ク不完全ナル所アリ此學說ハ債權者團體ノ自衛主義ト衝突シ該團體ノ執行機關ヲ認メサルコトト爲リ又管財人ニ對シテ爲シタル其自由ナル意見ニ從ヒテ破産債權者團體ノ利益ニ於テ管理スヘキ委任ト誠實ニ管理ヲ爲スヘキ旨ノ職務トヲ誤解シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ

余輩ノ見解ニ依レハ以上ノ二ノ主義ハ各一部分ノ真理ヲ包含スルニ止マリ管財人ノ性質ヲ完全ニ表示シ得ルモノト認ムルコトヲ得ス管財人ハ執達吏カ民事訴訟法上ノ強制執行ニ於ケル執行機關タルト同ク破産法上ノ強制執行ニ於ケル執行機關タリ管財人ハ執達吏ト同ク公ノ委任即チ任命ニ依リテ破産ニ關スル國家ノ政務ヲ取扱フ(商法施行條例第三五條商法施行法第一四七條裁判所構成法第九五條故ニ此意味ニ於テ管財人ハ國家ノ機關タルコト言フ埃タス管財人ハ國家ノ機關タルカ故ニ代理權ヲ有スルコトナシトノ法則ナシ國家ノ機關タル執達吏カ法律上ノ授權ニ因リテ職權の代理人トシテ其職務實行ノ爲メニ債務者又ハ債權者ヲ代理スルコト同シ管財人カ其職務ノ實行ノ爲メニ破産者又ハ破産債權者團體ヲ代理スルコトアルハ固ヨリ怪シムニ足ラス故ニ



此意味ニ於テハ管財人ハ破産者ノ代理人タルコトアリ又破産債權者團體ノ代理人タルコトアリ而シテ管財人ハ公ノ執行機關ナリト言ハハ當然破産當事者ヲ代表スル法律上ノ授權ヲ包含スルヲ以テ故ラニ管財人ヲ代理人ナリト謂フノ必要ナシ是ヲ以テ余輩ハ管財人ヲ公ノ機關ナリト云フニ止メタリ

管財人タル職務ヲ奉スル者ハ官吏ナリヤ公吏ナリヤ抑モ又一私人ナリヤノ問題ハ頗ル解スルニ難シ蓋シ國家ノ政務ヲ取扱フ者ハ悉ク官吏ナリト謂フヲ得サレハナリ佛蘭西ノ「リオンカン」氏ハ管財人ハ官吏ニ非ス又公吏ニ非ス公務ヲ取扱フ一私人ニシテ裁判所カ相續人アルコト分明ナラサル相續財産ニ付キ選任セタル管理人ト其性質ヲ同シウスルモノナリト主張シ獨逸ノ「エルンストイエーゲル」氏モ亦法律カ管財人ニ委任シタル職務ハ官職タルノ性質ヲ有ス〔獨逸新破産法第八二條、第八四條、第八六條〕然レトモ之カ爲メニ管財人ハ獨逸刑法第三百五十九條及ヒ獨逸民法第八百三十九條ノ意味ニ於ケル官吏ニ非スト主張シタリ然レトモ斯ル主張ハ任命主義ヲ採用シタル我破産法ニ於ケル管財人タル職務ヲ奉スル者ノ性質ヲ説明スルニ足ラス管財人ハ親任、勅任、委任

及ヒ到任ニ非サルヲ以テ官吏ニ非ス然レトモ國家ノ委任(任命)ニ因リテ公務ヲ取扱フ者ナルカ故ニ公吏ナリトノ見解ハ未ダ全ク當ヲ得タルモノト認ムルコトヲ得ス蓋シ官吏ト公吏トヲ區別スルノ標準ハ公法上果シテ前示ノ如クナルコトヲ保スルヲ得ス現ニ執達吏ノ職務ヲ奉スル者ハ親任、勅任、委任、及ヒ到任ニ非スシテ官吏タルコトハ裁判所構成法ニ於テ明カナレハナリ余輩ノ見解ニ依レハ我破産法ニ於ケル管財人タル職務ヲ奉スル者ハ執達吏ト同シ官吏ナリ官吏トハ任命ノ形式ニ因リテ任意ニ特別ナル義務ヲ負擔シテ國家ノ目的ノ爲メニ國家ノ機關トシテ其政務ヲ取扱フ一私人ナリ管財人タルノ職務ヲ奉スル者ハ司法大臣ノ任命スル所ニシテ(商法施行條例第三五條、商法施行法第一四七條)管財人ノ職務ハ國家ノ政務ニシテ又管財人タル職務ヲ奉スル者ハ正實ニ其職務ヲ執ルノ義務ヲ負フ(商法施行條例第三九條、商法施行法第一四七條故ニ管財人タル者ハ法律上官吏ナルヤ當然ナリ隨テ管財人ノ職務執行ヲ妨害スル者ハ刑法第三百三十九條以下ノ制裁ヲ受ケ又管財人カ賄賂ヲ收受シタルトキハ刑法第二百八十四條ノ制裁ヲ受クルコトト爲ル

(b) 選定及ヒ改選 破産裁判所ハ破産ノ宣告アル毎ニ其作成シタル司法大臣任命ノ破産管財人名簿中ヨリ破産管財人ヲ選定ス(第九八〇條第二、商法施行條例第三五條、商法施行法第一四七條故ニ我破産法ハ管財人ノ選擇ニ關シテハ制限選擇主義ヲ採リ其選定ニ關シテハ裁判所直接選定主義ヲ採用セリ元來管財人ノ選擇ニ關シテハ自由選擇主義ト制限選擇主義トノ二者アリ自由選擇主義トハ國籍ノ内外ヲ問ハス親族關係ノ有無ヲ問ハス何人ト雖モ自由ニ管財人トシテ選擇スルコトヲ得ル方法ニシテ些少ナル制限ノ下ニ於テ佛蘭西商法獨逸破産法等ノ認メタル所ナリ佛蘭西商法第四六三條ニ於テハ破産者ノ四等親内ノ親族及ヒ姻族ノ外ハ此主義ヲ認メタリ但シ實際上巴里其他ノ大部分ニ於テハ管財人タルノ職業ヲ爲ス者アリテ裁判所ハ其名簿ヲ作成シテ之ヲ備ヘ置キ其名簿ニ基キテ管財人ヲ選擇スルノ慣行アリ獨逸破産法ニ於テ亦此主義ヲ採用シ法律上別ニ管財人タル資格ニ關シ規定シタル所ナシ行爲能力者ハ管財人ト爲ルコトヲ得唯破産者其人ハ財産ノ管理及ヒ處分權ヲ喪失シタルヲ以テ又刑事ノ審問中ニ在ル者若クハ刑罰トシテ民法上ノ名譽意權ヲ剝奪セラレタル

者獨逸刑法第三四條第六ハ必要ナル行動ノ自由ヲ喪失シタルヲ以テ管財人タルコトヲ得ス破産者ノ親族ハ管財人タルニ不當ナリト云フニ止マリ法律上管財人タルコトヲ得サルモノニ非ス(反對說アレトモ適當ノ見解ト認メス英吉利破産法ニ於テ亦此主義ヲ認メタルコトハ英吉利破産法第二十一條第一項ノ明文ニ徴シ疑ヲ容レスト認メ制限選擇主義トハ管財人タル職務ヲ取扱フ者ヲ常設シ此中ヨリ破産裁判所カ選擇スルノ方法ニシテ白耳義商法第四五五條以下伊太利商法第七一五條(ルーマニー)商法第七二七條(アルヂヤンチン)商法(第一四一九條等)認メタル所ナリ伊太利商法ハ商業會議所カ作成シタル管財人名簿中ヨリ管財人ヲ選擇シ又白耳義商法ハ政府カ控訴院ノ意見ニ基キ破産事件ノ數ト其需用トニ應シテ各裁判所ニ常設管財人ヲ附置シ之ヨリ破産裁判所カ管財人ヲ選擇ス但シ白耳義商法ニ於テハ實際上斯ル規定ノ行ハルコトナクシテ裁判所ハ自由ニ管財人ヲ選擇シ且ツ其選擇セラルル者ハ通常辯護士ナリ我破産法モ亦此主義ヲ採用セリ(商法施行條例第三五條第三六條第四四條商法施行法第一四七條)唯例外トシテ忌避其他ノ原因ニ基キ特定ノ破産事件ニ

付キ名簿中ノ管財人ヲ選定スルヲ不當ナリト認メタル場合ニ於テ他ノ者ヲ管財人ニ選定スルノミ(商法施行條例第四一條、民事訴訟法第三三條、商法施行法第一四七條但シ公權ヲ剝奪セラレ又ハ公權ヲ行フコトヲ停止セラレタル者ハ管財人タルノ資格ナク)刑法第三一條第八又破産者ハ財産ノ管理及ヒ處分權喪失ノ結果トシテ自己ノ破産事件ニ付キ管財人タルコトヲ得サルヤ當然ナリ管財人タル資格アル債權者ハ之ヲ管財人ニ選定スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス(第一〇二六條第三項引用)

制限選擇主義ハ適當ナル管財人ヲ選定スルコトヲ得ルノ良法ナルカ故ニ我破産法カ之ヲ認メタルハ立法上正當ナリ

管財人ノ選定ニ關シテハ債權者選定主義裁判所選定主義及ヒ折衷主義ノ三者アリ債權者選定主義ハ破産債權者カ直接ニ管財人ヲ選定スルノ權ヲ有スルモノニシテ英吉利破産法第二一條、瑞西破産法第二三七條、智利商法第一三五〇條第一第一四一條、第一四一二條ノ法律等カ認メタル所ナリ而シテ此主義ハ理論上管財人ヲ破産債權者ノ代理人ナリト爲ス論旨ニ密著ノ關係アリ

裁判所選定主義トハ管財人ノ選定ニ關シ破産債權者ニ何等ノ意見ヲ陳述スルノ權利ヲ認メスシテ裁判所ヲシテ直接ニ管財人ヲ選定セシムル主義ニシテ白耳義商法(第四六六條、匈牙利破産法(第八九條、第九五條)「ルーマニ」商法第七〇四條第三、第七二七條等)「アルゼンチン」商法第一八九六條第一四二二條「ブラジル」(第六條等)認メタル所ナリ而シテ此主義ハ管財人ヲ單純ナル國家ノ機關ト爲スノ論旨ニ密著ノ關係アリ

折衷主義ハ一面ニ於テハ管財人ノ選定ニ關シ破産債權者ニ意見ヲ陳述スルノ權利ヲ認メ他ノ一面ニ於テハ破産裁判所ヲシテ之ニ拘束セラルルコトナク管財人ヲ選定スルコトヲ得セシムル主義ニシテ獨逸破産法舊第七二條、新第七八條、佛蘭西商法(第四六二條、第五二九條、但シ同法ハ假定管財人ニ關シテハ斯ル主義ヲ認メス)伊太利商法(第六九一條、第七一四條、第七一七條、第七二〇條、第七二三條、但シ假定管財人ニ關シテハ斯ル主義ヲ認メサルコト)佛法ニ同シ、埃太利破産法(第六七條、第七四條等)認メタル所ナリ、獨逸破産法ニ依レハ(新第七八條第一項、第八〇條第一一二條)破産裁判所ハ破産手續ノ開始ト同時ニ管財人ヲ選定シ

之ト同時ニ債權者集會ヲシテ他ノ者ヲ管財人ニ選擇スルヤ否ヤヲ決議セシムルカ爲メニ一箇月以内ニ於テ期日ヲ定ム債權者集會カ他ノ者ヲ管財人ニ選擇シタルトキハ破産裁判所ハ其選擇セラレタル者ヲ管財人ニ選定スヘキヤ否ヤヲ裁判シスル選擇ヲ採用スヘキ義務ナシ蓋シ債權者ノ選擇ハ裁判所ノ裁判スルコトヲ要スヘキ申立ニ外ナラサレハナリ債權者集會カ他ノ者ヲ管財人ニ選擇セサルトキハ曩ニ爲シタル裁判所ノ管財人選定カ確定スルニ至ル佛蘭西商法ニ依レハ管財人ノ種類ニ三種アリ其第一タル假定管財人ハ破産裁判所カ破産宣告ト同時ニ選定スルモノタリ蓋シ破産宣告ノ當時ニ於テハ未ダ意見ヲ徵スヘキ債權者ノ分明ナラサレハナリ而シテ該管財人ハ其職務トシテ最モ緊急ヲ要スル行爲ヲ爲ス其第二ハ確定管財人ニシテ破産裁判所ハ即時ノ招集ニ因リ十五日内ニ集合シタル推定債權者破産者又ハ假定管財人ノ作成シタル貸借對照表ニ依リテ之ヲ知ルノ意見ヲ聽キ之ニ拘束セラルコトナク或ハ假定管財人ヲ確定管財人トシテ其職務ヲ繼續セシメ或ハ新ニ他人ヲ選任ス之ヲ確定管財人ト謂フ蓋シ破産ハ債權者ニ重大ナル關係アルカ爲メニ其意見ヲ問フコ

トナクシテ假定管財人ヲ繼續セシムヘカラストノ法意ニ基ケルナルヘシ該管財人ハ其職務トシテ破産債權者ヲシテ如何ナル破産手續ノ終局方法ヲ探ルヘキカラ判斷セシムルニ必要ナル行爲ヲ爲ス之ヲ換言スレハ假定管財人及ヒ第三ナル債主結合ノ管財人ニ屬スル職務外ノ職務ヲ行フ其第三ハ債主結合ノ管財人ニシテ破産裁判所カ破産手續ノ配當ニ依リ終局セラルヘキ場合ニ於テ債權者ノ意見ヲ聽キ之ニ拘束セラルコトナク或ハ確定管財人ヲ繼續セシメ或ハ他人ヲ選任ス之ヲ債主結合ノ管財人ト謂フ該管財人ハ破産財團ヲ換價シ配當ヲ爲スノ職務ヲ行フ佛蘭西商法第四六二條第四六八條第四六九條第四七六條第五二九條第五三六條(リオンカン)氏ノ説明ニ依レハ十中ノ九ハ假定管財人カ其職務ヲ繼續スルノ傾向アリ此折衷主義ハ其折衷ノ結果トシテ管財人ノ性質ヲ大ニ曖昧ナラシメタリ是レ佛蘭西及ヒ獨逸ノ立法ニ於テ故ラニ管財人ノ性質カ學者間爭アル所以ナラン我破産法ハ白耳義商法ト同シク裁判所選定主義ヲ認メ破産裁判所ヲシテ直接ニ破産管財人ヲ選定スルコトヲ得セシメ債權者ニ何等ノ隊ヲ容ルルコトヲ許ササルハ甚タ適當ノコトナリ(第一〇〇八條

高法施行條例第三八條、第四四條、高法施行法第一四七條、蓋シ債權者選定主義ヲ認メテ債權者ニ管財人ヲ選定スルノ權ヲ認ムルト雖モ多クハ債權者カ其權利ノ行使ヲ等閑ニ付シ甚シキニ至リテハ破産者ノ爲メニ欺罔セラレテ不適當ナル管財人ヲ選定スルノ弊害ヲ生シ易シ現ニ佛國カ千八百七年ノ商法ニ於テ此主義ヲ認メタレトモ實驗上多クノ弊害ヲ生シタルカ故ニ遂ニ之ヲ捨テテ折衷主義ヲ採ルニ至リタルモノナリト云フ又折衷主義ヲ認メテ債權者カ管財人選定ニ關スル意見ヲ表示スルコトヲ得セシムルモ實際上債權者ハ破産裁判所ヨリ適當ナル管財人ヲ見出スコトヲ得ルモノト謂フヘカラス故ニ佛蘭西國ニ於テハ債權者ノ意見ニ基キテ破産宣告ノ初ニ當リテ裁判所カ選定シタル管財人ヲ變更シタルノ例少ク爲メニ殆ト一ノ虛式ニ過キナルコトト爲レリ殊ニ我破産法ノ如ク制限選擇主義ヲ認メタル立法ニ於テハ適當ナル管財人ハ皆豫定セラレルカ故ニ其選定ニ付キ債權者ニ意見ヲ表示セシムル必要ナケレハナリ

破産裁判所ハ其選定シタル管財人カ其職務上ノ義務ニ違背シ行爲能力ヲ喪失シ公權ヲ剝奪セラレ又ハ破産宣告ヲ受ケタルカ如キ原因ニ基キテ其職務ヲ行

フニ不適當ト爲リタルトキハ選定ト同一形式即チ決定ヲ以テ之ヲ解○職シ他ノ管財人ヲ選定スルコト即チ改選スルコトヲ得(第一〇一〇條)商法施行條例第四二條、商法施行法第一四七條、白耳義商法第四六二條、佛蘭西商法第四四條、第四六七條、第五八三條、第一項、獨逸破産法第八四條、英吉利破産法第八四條、第八六條等又破産手續ノ難易殊ニ營業ノ部類カ數多アルトキ破産財團カ多額ナルトキ若クハ破産財團ニ屬スル各財産カ各地ニ散在スルカ如キ場合ニ於テ當初ヨリ數多ノ管財人ヲ選定シ爾後ノ必要ニ應シ決定ノ形式ヲ以テ増減スルコトヲ得(第一〇一〇條)末段管財人ノ増加ハ一ノ選定ナリ管財人ノ減數ハ一ノ解職ナリ故ニ増減ノ形式ハ決定タルヤ疑ナシ而シテ管財人ノ減數ニ關シテハ別ニ明文ナシト雖モ費用ヲ節約スルカ爲メニ不必要ナル管財人ヲ減スルコトヲ得ルハ固ヨリ疑ナシ(獨逸新破産法第七九條、佛蘭西商法第四六二條、白耳義商法第四五〇條、奧太利破産法第七四條、第八一條、英吉利破産法第八四條)管財人ノ選定ノ決定ニ對シテハ各破産債權者及ヒ破産者カ不適當又ハ不適當ナルコトヲ理由トシテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得民事訴訟法第五五八條引用



(o) 報酬及ヒ責任 無報酬ニテ複雜ナル管財人ノ職務ヲ取扱ハシムルコトハ到底望ムヘカラス故ニ管財人ニ相當ノ報酬ヲ給與スルコトハ各國破産法ノ認メタル所ナリ第一〇〇九條獨逸新破産法第八五條佛蘭西商法第四六二條英吉利破産法第七二條白耳義商法第四六一條等此報酬ハ前述ノ如ク財團費用ニ屬シ管財人ノ利益ノ爲メニ第一ニ破産財團ヨリ支拂ハルヘキモノナリ(第一〇三二條獨逸新破産法第五八條第二管財人ニ給與スヘキ報酬額ハ破産裁判所カ破産事件ノ難易及ヒ收入價額ヲ參考シテ之ヲ確定ス(佛蘭西ハ千八百八十九年三月四日ノ法律ヲ以テ債權者及ヒ破産者ニ容豫權ヲ認メ裁判所カ專斷的ニ確定スルノ主義ヲ排シタリ)故ニ該額ヲ破産手續ノ進行中ニ確定スルコト難シ是ヲ以テ法律ハ破産手續ノ終局期即チ財團ノ配當アル毎ニ步割ヲ以テ報酬ヲ支拂フコトト爲シタリ(第一〇〇九條末段)商法施行條例第四三條商法施行法第一四七條然レトモ管財人ヲ更ヘタル場合ニ於テハ法律上別ニ明文ナシト雖モ其解職シタル管財人ニ破産手續終局以前ニ於テ相當ノ報酬ヲ給與スヘキヲ當然トス

報酬額確定ノ決定ニ對シテハ管財人破産者及ヒ各債權者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得民事訴訟法第五五八條準用佛蘭西獨逸等ニ於テハ債權者ト管財人トノ間ニ於テ別ニ報酬ヲ授受スルコトヲ目的トスル契約ヲ許シ且ツ此契約ハ破産事件ニ關係ナク管財人ヨリ債權者ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得ルモノタリ我國ニ於テハ雖ニ述ヘタルカ如ク管財人ヲ官吏ナリト論結シタルヲ以テ斯ル契約ハ無効ナリト信ス(民法ノ公ノ秩序ニ反スレハナリ)

管財人ハ其選定セラレタル破産事件ニ付テノ職務ノ終了マテハ破産裁判所ニ對シテ公法的關係ヲ有シ債權者及ヒ破産者ニ對シテ私法的關係ヲ有ス公法的關係トシテハ管財人ハ破産主任官ノ指揮及ヒ監督ニ服從シ其職務ヲ適法ニ執行スヘキ責任ヲ負フ故ニ破産裁判所ハ管財人カ主任官ノ指揮ヲ拒ミ又ハ其職務上ノ義務ニ違背シタルトキハ之ヲ解職スルコトヲ得商法施行條例第四二條、商法施行法第一四七條民事訴訟法第五五八條獨逸新破産法第八四條(獨逸破産法ニ於テハ尙ホ管財人ニ對シ二百マルク以下ノ行政罰ヲ科スルコトヲ許シタル)私法的關係トシテ管財人ハ其職務ノ執行ニ關シ破産債權者團體各破産債權



破産者及ヒ破産財團上ノ請求權者等ニ對シテ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スノ責任ヲ負フ隨テ輕過失ニ付テモ責任アリト謂ハサルヘカラス第一〇一條前段舊商法第三百四十一條第二項ニ依レハ代理人ハ至重ノ注意ヲ爲ス義務アリ隨テ最輕過失ニ關シテモ責任ヲ負フ然レトモ之ニ基キテ管財人ノ責任ヲ定ムルハ正當ト謂フヘカラス民法第六百四十四條ニ依レハ受任者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ處理スルノ義務ヲ負フ隨テ唯輕過失ニ關シテノミ責任ヲ負フ舊商法ニ所謂代理人ハ受任者ヲモ意味シ民法ニ於ケルカ如ク代理人ト受任者トヲ嚴格ニ區別シタル意味ニ於ケル代理人ニアラス故ニ民法第六百四十四條ニ依リテ前示ノ如ク論結シタリ獨逸舊破産法第七四條同新破産法第八二條佛蘭西民法第一九九二條故ニ管財人カ該責任ニ反スル行爲ヲ爲セタルニ因リテ生シタル損害ヲ受ケタル各利害關係人ハ通常訴訟手續ニ依リテ管財人ニ對シ賠償ヲ請求スルコトヲ得例ヘハ破産財團ニ屬セサル物件ヲ換價シタルニ因リテ生シタル損害ヲ破産者ニ對シテ賠償シ破産財團ニ屬スル物件ノ占有ヲ怠リタルニ因リテ生シタル損害ヲ破産債權者ニ對シテ賠償シ別

除請求權ヲ侵害シタルニ因リテ生シタル損害ヲ別除請求權者ニ對シテ賠償スルカ如シ多數ノ管財人ノ責任ニ付テハ獨逸派ノ立法ハ管財人ノ責任ヲ嚴格ニ區畫スルノ思想ニ基キテ責任分擔主義ヲ採用シ獨逸新破産法第七九條奧太利破産法第八二條伊太利商法第七一三條第七一四條普漏西破産法第一三六條第二一六條佛蘭西派ノ立法ハ管財人カ利害關係人ノ協議ニ依ラスシテ裁判所ノ選定シタルモノナルヲ以テ其責任ヲ嚴ニシ當事者ヲ保護スルノ思想ニ基キテ責任連帶主義ヲ採用シタリ佛蘭西商法第四六五條白耳義商法第四五六條瑞西破産法第二三七條故ニ獨逸破産法ニ於テハ各獨立シタル特定ノ破産手續上ノ行爲ヲ分割的ニ多數ノ人ニ委スルコトヲ得ル場合ニ於テ多數ノ管財人ノ選定ヲ許シ各管財人ハ破産裁判所カ其所屬ヲ定メタル事項ニ關シ獨立シテ之ヲ取扱フノ權限ヲ有シ配當擔任ノ管財人換價擔任ノ管財人ノ類甲管財人カ乙管財人ノ權限ニ屬スル行爲ヲ爲シタルトキハ管財人ニアラサル者ノ行爲トシテ破産債權者團體ニ對シ法律上效力ナシ唯他ノ管財人カ之ヲ追認スルコトヲ得ルノミ又分割スルコト能ハサル事項ニ關シテハ其擔任管財人ニ自己ノ責任ニテ

補助者ヲ使用スルノ權ヲ認メタリ佛蘭西商法ニ於テハ多數ノ管財人ハ主任官カ管財人ニ或行爲ヲ各別ニテ爲スコトヲ得ル旨ノ許可ヲ與ヘタルトキニアラスンハ共同ニテ行爲ヲ爲スヘキコトト規定シ管財人ノ各行爲ト多數ノ管財人ノ共同行爲ナリト看做シ其責任ヲ連帶ト定メタリ而シテ佛蘭西ノ商法ニ於テモ亦補助者ヲ使用スルコトヲ認メタルカ故ニ多數ノ管財人ヲ選定シタルノ實例甚タ少シト云フ英吉利破産法第八十四條ハ債權者ノ集會ニ於テ一人ノ管財人又ハ多數ノ管財人ヲ選定シ各箇ニ又ハ共同ニテ爲スヘキ行爲ノ種類ヲ定ムルコトト爲セリ我破産法ニ於テハ佛蘭西派ニ屬シテ責任連帶主義ヲ認メタルコトハ商法第一千一條中段カ佛蘭西商法第四百六十五條ト其文體ヲ同シウスルニ依リテ甚タ明白ナリ然レトモ之カ爲メニ主任官ノ許可又ハ他ノ管財人ノ同意ナキ行爲ニ關シテ他ノ管財人ハ當然連帶責任ヲ負フモノト謂フヘカラス唯該行爲ヲ追認シ又ハ其責ニ任スヘキ過失アル場合ニ於テ連帶責任ヲ負フ蓋シ反對ノ論結ハ大ニ他ノ管財人ヲ虐待スト謂ハサルヲ得サレハナリ而シテ追認ノ有無及ヒ過失ノ存否ハ事實問題ナリト雖モ行爲ノ取消ヲ求メサリシ事

實ハ默示ノ追認ト認ムルコトヲ得ヘク又不適當ノ管財人タルコトヲ知リテ裁判所ニ相當ノ手續ヲ爲ササリシコトハ過失アリト認ムルコトヲ得ヘシ

(d) 著手及ヒ終局 破産裁判所ヨリ選定セラレタル管財人ハ直接ニ其選定セラレタル特定ノ破産事件ノ管財人ト爲ル是レ選定ノ觀念上當然ナリ故ニ破産裁判所ヨリ選定セラレタル旨ノ適當ナル通知ヲ受ケタル管財人ハ其選定セラレタル破産事件ニ付キ管財人タルノ職權ヲ行使シ又責任ヲ負ハサルヘカラス若シ管財人ニシテ其職務ヲ回避セント欲セハ即時ニ其旨ヲ表示セサルヘカラス然ラスンハ運滞ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責アリ(商法施行條例第三八條、第四一條、商法施行法第一四七條)

選定セラレタル管財人ノ氏名ハ之ヲ廣告セサルヘカラス是レ總テ利害關係人ニ管財人タルコトヲ通知シ且ツ管財人タル證明ヲ容易ナラシムル法意ニ出タルモノナリ(第九八〇條第二、獨逸破産法新破産法第八一條第一項、獨逸破産法第七十三條第二項、新破産法第八十一條第二項ハ管財人ニ其證明ヲ容易ナラシムルノ目的ヲ以テ選定セラレタル旨ノ證明書ヲ下付シ其濫用ヲ避クルカ爲メ

ニ職務ノ終局ニ際シテ之ヲ破産裁判所ニ返付セシメタリ定ニ實用ニ適シタル良制度ナリト信ス

管財人ハ其職務ニ著手スル以前ニ宣誓ヲ爲ササルヘカラス(商法施行條例第三九條)商法施行法第一四七條千八百七年佛蘭西商法第四六一條現行佛蘭西商法ハ宣誓ヲ爲スヘキ旨ノ規定ナシ唯特ニ管財人ヲ豫選シタル市府ニ於テハ管財人名簿ニ記入スル以前ニ宣誓ヲ爲サシム(然レトモ獨逸破産法第七八條ニ於ケルカ如ク保證ヲ立テシメタルルコトナシ)是レ我破産法カ制限選擇主義ヲ認メタルカ爲メナリ(佛蘭西現行商法ニ於テハ管財人ニ保證ヲ立テシムル旨ノ規定ナキモ巴里府ノ如キハ取引所組織ノ方法ヲ以テ相當ノ擔保金ヲ供セシメタリ)管財人ノ選定セラレタル破産事件ニ關スル職務ハ其執行ノ不當不正ニ對スル不當ナルヲ以テ不當ト解スルヲ正當ト認ム即チ身體ノ不健康精神ノ錯亂公權剝奪ニ基ク資格ノ喪失等ノ如キ職務執行ニ不適合ナル原因又ハ不正即チ職務違背ノ爲メニ職ヲ解カレタルノ外商法施行條例第四二條商法施行法第一四七條死亡及ヒ擔任破産事件ノ終了ニ因リテ終局ス故ニ任期滿ツルモ破産手續

ノ繼續中ハ解任スルコトヲ許サス(商法施行條例第三七條)第四〇條商法施行法第一四七條蓋シ破産事件ノ終局以前ニ於テ管財人ヲ變更スルハ破産手續ノ進行ヲ延滞セシムルノ虞アルヲ以テナリ然レトモ之カ爲メニ管財人カ破産手續終局以後尙ホ取扱フヘキ職務ノ終了ヲ來スモノニアラス破産手續終局ノ際未ダ終局セタル訴訟ノ如キ即チ是ナリ又管財人ノ行為ニ關シ管財人ニ對シテ發生シタル司法上ノ請求ハ破産手續終局以後ニ於テモ繼續スヘキモノタリ(管財人ハ其職務ヲ終局スルニ當リ其終局ノ原因カ選任セラレタル破産事件ノ終局ニ在ルト其他ノ原因ニ在ルトヲ問ハス終局ノ計算ヲ爲ササルヘカラス(管財人ノ死亡ニ因ル職務ノ終局ニ關シテハ其相續人又精神ノ錯亂ニ因ル職務ノ終局ニ關シテハ其法定代理人カ終局ノ計算ヲ爲シ此等ノ者カ其計算ヲ爲ササルコトキハ新ニ代リタル管財人カ其管理ニ關スル計算ノ爲メニ前任管財人ノ帳簿其他ノ書類等ヲ自己ノ計算書ニ添附スルノ外途ナカルヘシ)是レ公平ヲ期スル管財人ノ職務ノ性質上當然ナルノミナラス各破産債權者破産者等ヲシテ管財人ノ行為ヲ攻撃スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ故ニ破産主任官ハ之カ爲

債權者ヲ集會シ招集シ配當ニ因テ破産債權ノ全額ノ完済ヲ得ナリシ各破産債權者破産者及ヒ新ニ代リタル管財人ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得セシメタルヘカラス而シテ此集會期日ニ於テ異議ヲ申立ツル者ナキトキ又異議ヲ申立アリタルモ之ヲ取消アリタルトキハ管財人ノ終局計算ヲ承認シタルモノト看做シ且ツ管財人ヲ卸任セシム之ニ反シテ異議ノ申立アリタルトキハ獨逸破産法ニ於ケルカ如ク異議申立人ハ通常訴訟手續ニ從ヒテ管財人ニ對シ訴ヲ提起シ以テ異議ノ當否ヲ確定スヘキモノナルヘシ(商法第一〇四八條、但シ此條文カ終局ノ計算ヲ單ニ財團ノ換價及ヒ配當ノ全ク終リタルトキニ於テ爲ス)キモノト規定シタルハ甚タ狭キニ失スト謂フヘシ、獨逸破産法第八六條第一六二條

## (B) 職權

管財人ハ破産財團ノ管理換價及ヒ配當ヲ爲スノ職權ヲ有ス管財人ハ重大ニシテ且ツ總テノ利害關係人ノ利益ヲ害スルコトアルヘキ行爲ノ實行ニ關シテハ破産主任官若クハ裁判所ノ許可ヲ經テ之ヲ爲シ(第一〇一七條乃至第一〇一九

條其他ノ行爲ニ關シテハ自己カ適當ナリト認メタル判斷ニ從ヒテ自己ノ責任ヲ以テ總テノ利害關係人ノ利益ノ爲メニ破産主任官ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ於テ行動ス(第一〇一二條、第一〇一三條、第一〇四六條乃至第一〇四八條故ニ管財

人ハ單ニ破産財團ノ管理及ヒ換價ノミナラス届出ヲラレタル破産債權ノ當否及ヒ其順位ニ付キ調査ヲ爲シ必要ナル場合ニ異議ヲ申立テ(第一〇二六條又商法第一千四條、第一千六條、第一千二十條、第一千二十一條等ニ規定シタル行爲ヲ爲ササルヘカラス又破産主任官ノ指揮及ヒ監督ハ管財人ノ行爲カ其職權ノ作用タルヤ否ヤノ點ニ關スルニ止マリテ其行爲カ事實上適當ナルヤ否ヤノ點ニ及ハサルモノナリ

## 第四節 檢事

近世文明諸國ニ於テ認メラレタル檢事ナル制度ハ佛蘭西法律ノ發明シタル所ナルコトハ沿革上疑ナキ所ナリ又佛蘭西獨逸ノ現行法律ニ於ケル檢事ノ職權ハ刑事ノミニ制限セラレス(獨逸民事訴訟法第六〇七條、第六五二條等我國法ニ

於テモ亦然リ(人事訴訟手續法第二條第五條第六條等而シテ檢事カ破産事件ニ付キ干涉スルノ職權ヲ有スル制度ハ我破産法及ヒ佛蘭西商法ニ於テ之ヲ見ル(第九八四條佛蘭西商法第四五九條第四六〇條第四八二條此職權ハ破産手續ニ關スル行動ニ干涉スルコトヲ目的トスルモノニアラスシテ破産ニ關スル犯罪ヲ搜查スルコトヲ目的トス左ニ檢事ノ意義及ヒ職權ヲ略述スヘシ

## (A) 意義

檢事トハ民事及ヒ刑事ニ於テ國家ノ利益ヲ維持スルカ爲メニ國家ヲ代表シテ訴訟上ノ當事者ト爲リ又ハ單ニ意見ヲ陳述スルノ官吏タリ其詳細ナル説明ハ裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ニ屬スルヲ以テ之ヲ省略ス(裁判所構成法第六條第一四二條刑事訴訟法第一條第四六條第六二條民事訴訟法第四二條人事訴訟手續法第二條第五條第六條等非訟事件手續法第一五條第二六條等)

## (B) 職權

檢事ハ事件ニ付キ當事者ト爲リ又ハ單ニ意見ヲ陳述スルノ職權ヲ有ス破産事件ニ關シテモ亦此二様ヲ有ス有罪破産事件ノ當事者ト爲リ又復權ノ申立ニ關

シ意見ヲ陳述スルノ職權是ナリ第九百八十四條第九百八十條末項第一千四條第四項第一千六條第三項ハ即チ前者ノ職權ヲ全ウスルカ爲メニ必要ナル規定ニシテ商法第一千五百六條ハ即チ後者ノ職權ヲ認メタルノ規定ナリ

## 第五節 債權者集會

數人共同ノ意思ハ其共同ノ目的ノ爲メニ設ケタル機關ニ依ルニアラサレハ之ヲ外部ニ對シテ表示スルコト能ハス其機關ニ依ラサル意思ノ表示ハ各別ノ作用ニシテ共同利益ヲ一點ニ合シタル共同ノ作用ニアラス故ニ破産債權者ナル利益の團體カ其意思タル各破産債權者ノ共同意思ヲ表示スルニ當リテモ亦其團體ノ目的ノ爲メニ設ケラレタル機關ニ依ラサルヲ得ス是ヲ以テ我國及ヒ各國ノ法律ハ破産債權者團體ノ決議機關トシテ債權者集會ナル制度ヲ設ケタリ(第一〇三五條以下獨逸新破産法第九三條以下佛蘭西商法第五〇七條等)

## (A) 意義

債權者集會ハ主任官ノ招集及ヒ指揮ノ下ニ於テ行動スル破産債權者團體ノ決



## 議機關ナリ

(a) 性質 債權者集會ハ破産債權者團體ノ決議機關タリ債權者集會ハ法律ノ力ニ依リテ設ケラレタル破産債權者團體ノ機關ニシテ各債權者ノ集合ニアラス破産手續ニ加ハル各債權者カ其共同目的ヲ達スルニ必要ナル單一ノ意思ヲ表示スルカ爲メニ集會シ破産債權者團體ノ意思トシテ外部ニ發表スルカ爲メニ表決ヲ爲ス故ニ債權者集會ノ決議ハ各債權者ノ意思ノ集合ニアラスシテ破産債權者團體ノ單一ナル意思ノ表示ナリ

債權者集會ハ各債權者ノ集合ニアラサルヲ以テ之ト區別スルカ爲メニ適當ナル形式ヲ必要トス該形式ニ適セスシテ組織セラレタル集會ハ縱令總債權者カ出席シタルトキト雖モ法律上不適法ニシテ又其決議ハ無效タリ蓋シ各人ノ決議ニシテ共同ノ目的ノ爲メニ設ケラレタル機關ニ依ルノ決議ニアラサレハナリ之ニ反シテ該形式ニ適シタル集會ハ縱令總テノ債權者カ出席セサルトキト雖モ法律上適法ニシテ又其決議ハ有效タリ是レ法律カ集會ノ召集會議及ヒ決議ノ方法等ニ付キ詳細ナル規定ヲ設ケタル所以ナリ

(b) 召集 債權者ノ自衛方法ハ裁判所ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ於テ行ハルルモノナリ故ニ受命判事タル破産主任官カ債權者集會ノ召集會議及ヒ決議ヲ指揮シ且ツ之ヲ監督ス

(1) 債權者集會ハ主任官カ法律上特定シタル場合ニ必ス之ヲ召集シ(第一〇三五條第一〇四八條)獨逸新破産法第八六條第一一〇條第一六二條第一七九條第九三條第一項(通常集會又管財人破産債權者等ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ必要ナリト認メタル場合ニ臨時ニ之ヲ召集ス第一〇三五條第一項)獨逸破産法第九三條(臨時集會)

(2) 債權者集會ハ其會議事項ヲ明示セル公告ヲ以テ之ヲ召集ス召集ノ方法(第一〇三五條第一項)獨逸新破産法第九三條第二項是レ各利害關係人ヲシテ集會ニ参加スルノ必要ノ有無ヲ豫斷シ且ツ準備ヲ爲スコトヲ得セシムルカ爲メナリ而シテ該公告ニハ召集ノ場所及ヒ時期ヲ包含スルコトヲ要スルヤ當然ナリ召集ノ場所ハ通常破産裁判所内ニシテ(民事訴訟法第一六二條)準用獨逸新民訴訟法第二一九條)準用召集ノ時期ハ第一ノ集會ニ關シテハ破産手續開始決定ニ



於テ指定シタル期間ニシテ(商法第九八〇條第六其他ノ集會ニ關シテハ主任官カ任意ニ指定シタル期日ナリ蓋シ其他ノ集會ニ關スル時期ハ破産宣告ノ當時ニ於テ之ヲ豫定スルコト能ハサルヲ以テ法律カ主任官ノ意見ニ一任シタルモノナルヘシ但シ會議事項ノ變更若クハ其擴張ヲ爲スコトナクシテ集會期日ヲ職權ヲ以テ又ハ債權者團體ノ申立ニ因リテ延期又ハ續行シ且ツ新期日ヲ言渡シタルトキハ更ニ公告ヲ爲スコトヲ要セサルヘシ(民事訴訟法第一六一條第一六九條準用)獨逸新民事訴訟法第二二七條第二項第二二八條同新破産法第九三條第二項第九八條)

主任官カ集會ノ招集ヲ命シタル裁判ニ對シテハ各利害關係人ヨリ破産裁判所ニ即時抗告ヲ求ムルコトヲ得主任官カ集會ノ招集ヲ求ムル申立ヲ却下シタル場合モ亦然リ(第九八三條)

(o) 會議 債權者集會ノ會議ハ判決裁判所ノ辯論ニアラスシテ裁判上ノ監督ノ下ニ於テ行ハルル債權者團體ノ機關ノ辯論即チ會議タリ債權者集會ニ於ケル裁判官ノ行動ハ判決ヲ下スカ爲メニスル訴訟上ノ行動ニアラスシテ唯監督

上ノ行動タリ故ニ集會ノ會議ハ公開スルモノニアラス憲法第五九條獨逸裁判所構成法第一七〇條然レトモ主任官ハ會議ヲ指揮シ口頭辯論ニ於テ裁判長ノ有スル權能ヲ有シ又會議ノ秩序維持ノ爲メニ取締ヲ爲ス職權ヲ有ス(第一〇三條第一項民事訴訟法第一〇九條第一二〇條裁判所構成法第一〇四條第一〇八條蓋シ債權者集會ニ於ケル裁判官ノ行動モ亦裁判權ノ一ノ作用ナレハナリ裁判所構成法第一〇四條第二項又會議ニ關スル調書ハ裁判所書記之ヲ作成セザルヘカラス蓋シ集會ノ會議ハ受命判事タル主任官ノ面前ニ於テ爲サルモノナレハナリ(民事訴訟法第一一三條準用)會議ノ性質)

債權者集會ハ主任官ノ指揮ノ下ニ於テ管財人債權ノ確定シタル債權者及ヒ商法第二十八條ニ依リテ參加スルコトヲ得ヘキ債權者ヨリ成立ス(第一〇三五條獨逸新破産法第九五條管財人カ會議ニ加ハル理由ハ管財人カ自ラ破産事件ニ關スル諸般ノ報告ヲ爲シ又意見ヲ陳述スルノ必要アルニ在リ隨テ管財人ハ參加ノ爲メニ代人ヲ差出スコトヲ得ス債權ノ確定シタル債權者ハ破産債權者ノ單獨ノ權利トシテ會議ニ加ハルハ當然ナリ債權ノ未タ確定セサル債權者ハ其

債權カ管財人又ハ破産債權者ヨリ異議ヲ受ケタルヲ以テ裁判所カ商法第千二十八條第一項ニ從ヒテ集會ニ加ハルヘキコトヲ許シタル場合ニ於テ其許シタル金額ニ付キ會議ニ加ハルコトヲ得是レ無責任ノ言論ヲ爲ス者ノ參加ヲ妨クルカ爲メナリ(獨逸破産法ハ尙ホ異議申立人ト異議ヲ受ケタル債權者ノ合意ニ基キテ參加ヲ許スコトヲ認メタリ)而シテ債權カ爾後確定シタルトキハ其確定金額ニ付キ參加權ヲ有シ又其債權カ爾後確定判決ヲ以テ否認セラレタルトキハ先ニ付與セラレタル參加權ノ消滅ヲ來ス債權ノ届出ヲ取下ケタル場合モ亦然リ蓋シ債權ノ届出ハ破産手續ニ參加スルノ意思表示ノ形式ナルヲ以テ届出ヲ爲サス又ハ之ヲ取消シタル債權者ハ會議ニ加ハルコトヲ得サルヤ當然ナレハナリ

優先權ノ確定シタル債權者ハ集會ニ加ハルノ權利ナシ蓋シ此種ノ債權者ハ其權利ノ實行ニ確實ナル擔保アルヲ以テ破産者ノ利益ノ多キ會議事項ニ容易ニ賛成スルノ虞アレハナリ然レトモ此種ノ債權者ハ其優先權ヲ拋棄シタル限度又ハ優先權ヲ行フニ當リテ不足アルヘシト推定セラルル限度ニ於テ集會ニ加

ハルルノ權利ヲ有ス蓋シ此種ノ債權者ハ斯ル限度ニ於テハ前述ノ如キ弊害ヲ醸スモノニアラサルノミナラス其性質上通常債權者タルヲ以テナリ隨テ此限度ハ該債權者カ之ヲ債權届書ニ表示シ債權者調査會ニ於テ異議ナク確定シ又異議アリタル場合ニ於テハ商法第千二十八條ニ從ヒテ裁判上認メラレタルコトヲ要シ又優先權ニ依リテ擔保セラレタル債權カ既ニ確定シ又ハ其債權者カ商法第千二十八條ニ從ヒテ裁判上集會ニ加ハルコトヲ是認セラレタルヲ前提トス優先權ハミカ異議ヲ受ケ爲メニ確定セサル債權者ハ前述ノ如キ例外ヲ保ツコトナキノミナラス通常ノ債權者ニ外ナラサルヲ以テ集會ニ加ハルコトヲ得第一〇二八條第二項獨逸新破産法第九六條第一項

優先權ニアラスシテ保證ヲ以テ擔保セラレタル債權者ハ其債權カ確定シ又ハ商法第千二十八條ニ從ヒテ裁判所集會ニ加ハルコトヲ認メラレタル場合ニ於テ會議ニ列スルコトヲ得蓋シ保證ハ優先權ノ如ク確定ナラサルヲ以テ破産者ノ利益多キ會議事項ニ賛成スルノ虞ナケレハナリ

停止條件附債權者モ亦其債權カ確定シ又ハ裁判所集會ノ加入ヲ是認セラレタ

ル場合ニ於テ會議ニ列スルコトヲ得獨逸新破産法第九六條第一項債權者ハ自身ニテ又ハ代理人ヲ以テ會議ニ加ハルコトヲ得第一〇三五條第三項獨逸破産法第六五條同民事訴訟法第七五條準用前者ノ場合ニ於テハ輔佐人ト共ニ出頭スルコトヲ得民事訴訟法第七一條準用後者ノ場合ニ於テハ他ノ破産債權者又ハ第三者ニ代理ヲ授權スルコトヲ得又一人カ數多ノ債權者ヲ代理スルコトヲ得蓋シ斯ル代理ヲ禁スル旨ノ明文ナケレハナリ

破産者モ亦集會ニ加ハハルコトアリ然レトモ這ハ集會ヲ構成スルノ人員ニアラスシテ主任官カ破産手續上辯明ヲ爲サシムルノ必要アル場合ニ於テ呼出スモノタリ第一〇三五條第四項第一〇二二條第一〇〇四條呼出サレタル破産者ハ主任官ノ認可ヲ受クルニアラスンハ何等ノ申立ヲ爲スコトヲ得是レ無責任ノ發言ヲ爲シ議事ノ進行ヲ亂スノ虞アルカ爲メナリ第一〇三七條第二項呼出ニ應セサル破産者ハ少クモ法律上ノ義務ヲ履行セサリシ者ナルヲ以テ協議契約ノ申立ヲ爲ス權利ヲ喪失ス第一〇三八條(會議ノ構成)

會議事項ニハ法定シタルモノト然ラサルモノトアリ破産手續ノ進行ニ關スル

主任官ノ報告及ヒ財團ノ現況並ニ其管理ニ關スル管財人ノ報告ヲ聽キテ其報告及ヒ破産手續ノ進行並ニ終局方法ニ關スル決議ヲ爲シ又管財人ノ終局計算ニ關シ決議ヲ爲スコトハ前者ニシテ第一〇三七條第一〇三七條第一〇四八條)佛蘭西商法第五〇四條第五四一條第五三三條第五三二條獨逸新破産法第八〇條第八四條等債權者團體ノ自衛上必要ナル事項ニ關シテ決議ヲ爲シテ以テ破産機關ノ注意ヲ促スカ如キハ後者タリ(會議ノ事項)

(4)決議 破産債權者團體ノ意思表示即チ決議ハ破産債權者ノ多數決ヲ以テ之ヲ爲ス蓋シ總債權者ノ意思ノ合致ハ到底之ヲ望ムコト能ハサルノミナラス多數カ少數ヲ驅束スルハ破産債權者間ニ成立シタル團體關係ノ然ラシムル所ナルヲ以テ各國ノ破産法カ破産債權者團體ノ意思表示ニ付キ多數決ヲ以テ足レリト規定シタルコトト信ス多數決ニハ債權者多頭決ト債權多額決トノ二種アリ佛蘭西白耳義伊太利等ノ諸國ハ原則トシテ多頭決ヲ認メ變則トシテ協議契約ノ成立ノミニ關シ多頭及ヒ多額決ヲ必要トシ佛蘭西商法第四六二條第五〇七條第五二九條第五〇四條第五四一條第二項第五三七條第五三二條獨逸破産

法及ヒ英吉利破産法ハ原則トシテ多頭決ヲ認メ(獨逸破産法第九四條第三項英吉利破産法第一六八條)又獨逸ノ破産法ハ變則トシテ議決ノ可否ニ關スル債權額ノ平等ナル場合ニ於テ多頭決ニ依ルコトト爲シタリ(獨逸破産法第九四條第三項)我破産法ハ出席セサル債權者及ヒ出席シタルモ議決權ヲ行使セサル債權者ハ多數決ニ默從スルノ意思アルモノト看做シ(獨逸破産法第九七條)且ツ破産手續ヲ迅速ニ終局セシムルノ目的ヲ以テ出席シタル債權者ノ過半数ト又少數多頭ノ債權者カ多數少數頭ノ債權者ヲ壓倒スルノ弊害ヲ避クル目的ヲ以テ出席シタル債權者ノ有スル債權額ノ過半数トヲ以テ破産債權者團體ノ決議ニ必要ナル多數決ト定メタリ(第一〇三六條)但シ協議契約ハ其性質上重大ナルヲ以テ特別ナル多數決ヲ必要ト爲シタリ(商法第一〇三九條)

破産手續進行中ニ於テ相續任意的債權ノ讓渡及ヒ強制讓渡民事訴訟法第六〇〇條等ノ原因ニ基キ破産債權者ノ承繼アリタルトキハ其一般及ヒ特別ノ承繼人カ前主ニ代リテ破産債權者トシテ其權利ヲ行使スルヲ當然トス議決權モ亦然リ然レトモ一ノ破産債權カ遺産相續ニ因リテ多數ノ相續人ニ又分別讓渡ニ

因リテ多數ノ人ニ承繼セラレタルトキハ其多數ノ承繼人カ各自ニ議決權ヲ有スルヤ否ヤ又數多ノ破産債權ヲ取得シタル者ハ其債權ノ數ニ應ジタル議決權ヲ有スルヤ否ヤ之ヲ換言スレハ議決權ハ債權名義ニ認メラレタルモノナルヤ債權者其人ニ認メラレタルヤノ問題ハ頗ル解スルニ難シ私見ニ依レハ破産宣告ハ債權者ニ對シ其債權ノ自由處分ヲ制限スルモノニアラス又破産手續ニ加ハル權利者ノ多數ヲ制限スルモノニアラス且ツ「債權者ノ過半数」ナハル明文第一〇三六條第一〇三九條ニ依リ前者ノ問題ニ關シテハ各承繼人カ各自ニ議決權ヲ有スト主張シ又數多ノ破産債權ヲ取得シタルカ爲メニ多數ノ債權者ト爲ルモノニアラサルヲ以テ後者ノ問題ニ關シテハ取得者ハ一ノ議決權ヲ有スルノミト主張ス之ヲ換言スレハ議決權ハ債權者ニ與ヘタルモノト主張セント欲ス

破産債權者團體ノ決議ハ集會ノ會議事項ニ屬スルモノニ付キ招集期日ニ於テ議決權ヲ有スル債權者ノ法定多數決アリタルニ因リテ成立シ反對ノ場合ニ於テ成立セス主任官ハ其指揮及ヒ監督權ノ作用トシテ職權ヲ以テ決議ノ適法ニ

成立シタルヤ否ヤヲ調査シ各利害關係人ハ主任官カ不適法ナル決議ヲ適法ナルモノト誤認シテ調査ニ記載シタルトキニ於テ該決議ヲ廢棄スヘキ旨ヲ申立テ又該申立ヲ却下シタル主任官ノ裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第九八三條

破産債權者團體ノ決議ハ管財人ノ申立ニ因リ破産裁判所カ認可ヲ與ヘタルトキニ於テ法律上有効ト爲ル第一〇三七條第一〇四〇條是レ集會ニ參加スルコトヲ得サリシ債權者及ヒ少數反對ノ各債權者ヲ保護シ債權者ノ共同利益ニ反スル決議ヲ排斥スルノ法意ナリ故ニ管財人及ヒ反對少數ノ債權者ハ決議カ債權者ノ共同利益ニ反スルヲ理由トシテ破産裁判所ニ對シ認可ヲ爲ササル旨ヲ申立テ破産裁判所ハ該申立ノ有無ニ拘ラス決議カ債權者ノ共同利益ニ反スト認メタル場合ニ不認可ノ裁判ヲ爲シ且ツ之ヲ公告ス蓋シ該裁判ハ管財人及ヒ總破産債權者ニ對シ效力アレハナリ之ニ反シテ決議カ債權者ノ共同利益ニ反セスト認メタル場合ニ認可ノ裁判ヲ爲シ同時ニ不認可ヲ求ムル申立ヲ却下シ該裁判ヲ申立人ノミニ送達ス獨逸破産法ハ認可裁判ニ對シテハ不

認可ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタル者即チ管財人若クハ少數反對ノ債權者ニ又不認可裁判ニ對シテハ決議ニ賛成セタル者即チ管財人若クハ多數賛成ノ債權者ニ即時抗告ナル不服申立權ヲ認メタリ我破産法ニ於テハ商法第四十條ニ規定シタル場合ヲ除クノ外斯ル申立權ヲ認メタルハ立法上缺點タルヲ免レ

#### (B) 權限

債權者集會ハ破産債權者團體ノ決議機關タリ故ニ債權者集會ハ破産債權者團體ノ機關トシテ直接ニ第三者ト取引ヲ爲ス權限ヲ有セス管財人カ該團體ノ代理人トシテ斯ル權限ヲ有ス其決議スヘキ事項ハ債權者自衛主義ニ關スルモノナルコトハ前述シタル所ナリ  
破産債權者團體ノ機關ハ我破産法ニ於テハ唯前述シタル債權者集會ノミナレトモ文明諸國ノ立法ハ債權者集會ノ外ニ債權者委員會ナル機關ヲ認メタリ而シテ其權限ノ廣狹又ハ設定ニ任意ナルト強制ナルトノ別アルハ固ヨリ論ナキ所ナリ此機關ハ破産主任官ナル制度ヲ認メタル立法ニ於テハ極メテ大ナル實效



アリト雖モ該制度ヲ認メタル立法ニ於テ未タ全ク債權者委員會ヲ必要ナシト  
四ノハカラス蓋シ破産事件ニシテ手續カ模雜ニ涉リ且ツ破産財團及ヒ破産債  
權者カ多數ナルトキハ到底破産主任官一人ノ十分ニ其職權ヲ全クスルコト能  
ハサル所ナルヲ以テナリ故ニ佛蘭西商法ノ如キハ一千八百八十九年三月四  
日ノ法律ヲ以テ調査委員ノ名ヲ以テ獨逸破産法ニ於ケル債權者委員會ト同一  
ノ制度ヲ認メタリ獨逸破産法第八七條第八八條英吉利破産法第二二條第五七  
條伊太利破産法第七二三條埃太利破産法第七四條瑞西破産法第二三七條等予  
輩ハ我破産法修正ノ際ニハ必ス採用セラルル制度ナリト確信スルヲ以テ獨逸  
佛蘭西ノ法規ニ基キ債權者委員會ノ概要ヲ一言スヘシ  
債權者委員會ハ債權者集會ト同シク内部ノ機關ニシテ外部ノ機關即チ管財人  
ノ如キ執行機關ニアラス破産事件ノ難易ニ從ヒ債權者自衛方法トシテ債權者  
團體ノ意思ヲ表示スル債權者集會ニ於テ該團體ノ代理機關トシテ特定ノ機關  
ヲ設ケ管財人ノ補助及ヒ監督ヲ爲サシムルハ適當タリ該機關ノ設立ハ多額  
ノ立法例ニ於テハ債權者集會ノ隨意ニ決スル所ト爲シタリ獨逸破産法第八七

條英吉利破産法第二二條佛蘭西法瑞西破産法第二三七條蓋シ破産事件ノ難易  
ニ基キ其設立ノ必要ノ有無ハ利害關係者トシテ自衛方法ヲ盡スヘキ債權者團  
體ノ判斷ニ委スルヲ當然トスルヲ以テナリ埃太利破産法第七七條伊太利商  
法第七百二十三條ハ強制制度ト爲シタリ債權者委員會ノ委員タル資格ヲ有ス  
ル者ハ債權者外國人タルモ妨ナシ破産者ノ利害關係者トシテ該資格ナシ若ク  
ハ其代理人ナリ蓋シ債權者ハ利害關係上委員タルノ職務ヲ盡スニ最モ適當ナ  
ルノミナラス三百流ノ徒ノ加入ヲ防止スルノ精神ニ基ケリ獨逸破産法第八七  
條第一項千八百八十九年三月四日ノ佛蘭西法律瑞西破産法第二三七條  
委員選定手續ノ概要ハ通常第一債權者集會ニ於テ選定ヲ爲スト雖モ若シ之ヲ  
選定セザル場合ニ於テ爾後其必要ヲ認メタルトキハ破産手續未完了中何時ニテ  
モ臨時集會ヲ以テ委員ヲ選定シ委員會ヲ設立スルコトヲ得破産主任官ナル制度  
ヲ認メサル立法ニ於テハ破産裁判所ヲ以テ第一債權者集會以前ニ委員ヲ選定  
シ委員會ヲ設定セシム是レ管財人ノ行爲ヲ監督スルノ必要アルカ爲メナリ獨  
逸破産法第八七條英吉利破産法第二二條千八百八十九年三月四日ノ佛蘭西法



律第九條選定セラレタル委員ハ破産債權者團體ノ代理人ナルヲ以テ破産裁判所又ハ主任官ハ之ヲ否認スルノ權ナシ委任者ハ受任者ヲ解任スルノ權アルカ故ニ破産債權者團體ハ選定ト同一手續ヲ以テ委員ヲ解任スルコトヲ得委員會ノ員數ハ債權者集會ニ於テ定ムル所ニ委テ之ヲ明示セラルヲ多數ノ立法例ト爲ス然レトモ多數主義ヲ認メタル獨逸破産法第九十條ノ如キハ明文ナキト雖モ少クモ三人以上ヲ必要ト爲シタリト謂ハサルヲ得ス佛蘭西ノリオンカン氏ハ佛蘭西ノ千八百八十九年ノ法律第九條ノ解釋トシテ多數ノ人ニ監督ヲ委任スルハ其職務ノ履行ヲ爲ササルノ虞アルヲ以テ調査委員ハ一人若クハ二人ニテ足レリト爲スノ法意ナリト曰ヘリ債權者委員會ハ其權限トシテ管財人ノ職務ヲ監督シ且ツ其顧問ト爲ル顧問トシテハ主任官ナル制度ヲ認メサル獨逸派ノ立法ニ於テハ多クハ我商法第十八條第十九條ニ規定シタル主任官ノ認可ヲ要スル事項ニ付テ同意ヲ爲シ獨逸破産法第一三三條第一三四條埃太利破産法第四〇條英吉利破産法第二二條第五七條瑞西破産法第二三七條主任官ナル制度ヲ認メシル佛蘭西派ノ立法ニ於テハ多クハ單純ナル意見ヲ陳述

スルニ止マリテ管財人ヲ拘束スルノ效力ナキナリ殊ニ佛蘭西法ノ如キハ顧問タルノ權限ヲ認メス佛蘭西ノ千八百八十九年三月四日ノ法律第三條第四條第七條第一〇條第一八條監督トシテハ各委員ハ各別ニ帳簿證書金匣ノ檢閲又ハ管財人ノ口頭説明ニ依リ管財人ノ爲シタル債務執行ノ情況ヲ取調ヘ多數決ニ依ル共同行爲トシテ或ハ管財人ニ破産事件ノ情況ニ關スル總テノ説明ヲ求メ或ハ必要ノ場合ニ破産者ヲ審訊ス殊ニ獨逸破産法ノ如キハ委員ヲシテ毎月一回金匣ノ檢査ヲ爲サシムルヲ委員會ノ責任ト爲シタリ獨逸破産法第八八條佛蘭西ノ千八百八十九年三月四日ノ法律第一〇條第一項各委員ハ破産債權者團體ノ受任者ナルヲ以テ善良ナル監理者ノ注意ヲ探ル責アリ隨テ輕過失ニ付キ責任ヲ負フ獨逸破産法第八九條但シ無報酬ヲ通則トスル佛蘭西法ニ於テハ重過失ニアラスンハ責任ヲ負ハサルニ似タリ佛蘭西ノ千八百八十九年三月四日ノ法律第一〇條第二項而シテ各委員ハ連帶責任ヲ負ハサルヲ學者ノ定説トス

## 第二章 破産手續ノ進行

民事訴訟ハ侵害セラレタル私權又ハ其虞アル私權ヲ其確定及ヒ強制執行ニ依リテ保護スルノ手續ナリ破産手續ハ民事訴訟法ノ一種ナリ故ニ破産手續亦確定及ヒ強制執行ニ依レル私權ノ保護手續タルコトハ疑ナキ所ナリ

(a) 破産ハ前述ノ如ク破産財團ヲ以テ各破産債權者ニ平等の満足ヲ得セシムルヲ目的トス此目的ヲ達スルカ爲メニハ破産財團ノ確定ノ外ニ破産債權ヲ確定セサルヘカラス故ニ破産債權ノ確定手續ハ破産財團ノ確定手續即チ管理及ヒ換價手續ト同シク破産手續ニ屬スルヤ言ヲ俟タス破産債權ハ第一ニ債權調査會ニ於テ各破産債權者及ヒ管財人カ異議ヲ申立テナルニ因リテ確定シ第二ニ異議ノ申立アリタルトキハ破産裁判所カ通常訴訟手續ニ從ヒ判決ノ形式ヲ以テ確定ニ關スル裁判ヲ爲ス第一〇二三條以下)

(b) 破産手續ハ裁判所ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ在ル破産債權者團體ノ自衛方法ヲ認メタル執行手續ナリ(裁判所ノ指揮及ヒ監督並ニ破産債權者團體ノ自衛方法ノ範圍ニ關シテハ破産裁判所主任官及ヒ債權者集會ニ付テノ説明ヲ參考スヘシ破産の強制執行ハ民事訴訟法上ノ強制執行ト同シク裁判上確定シタル債

利實行ニ關スル國家ノ權力ノ應用ナリ殊ニ破産手續ニ於テハ總テノ債權ヲ金錢債權トシテ主張スルコトヲ要スルヲ以テ破産の強制執行ハ金錢ノ債權ニ付テノ強制執行ト謂フコトヲ得ヘシ是ヲ以テ破産の強制執行ハ民事訴訟法上ノ金錢ノ債權ニ付テノ強制執行ト其基礎ヲ同シクス然レトモ前者ハ破産財團ニ屬スヘキ債權者ノ總財產上ニ於テ破産宣告ノ當時ニ於ケル總債權者ノ爲メニ行ハレ後者ハ債權者ノ各財產上ニ於テ各債權者ノ爲メニ行ハレ又前者ハ債權者又ハ債務者ノ申請ニ因リテ開始セラレ後者ハ唯債權者ノ申請ニ因リテ開始セラレルノ區別アリ而シテ裁判所及ヒ一人ノ共同的動作ハ當然執行手續ニ存スルモノナルヲ以テ破産手續ニ於テ裁判上ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ於ケル破産債權者團體ノ自衛主義ヲ認メタルコトカ破産手續ノ強制執行タルコトヲ妨ケサルナリ(破産手續ノ性質)

通常訴訟手續ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ特別ノ規定ナキ限りハ特別訴訟手續ニ準用セラレルヲ當然トス破産手續ハ特別訴訟手續ノ一種ナリ故ニ破産法ニ於テ特別ノ規定ナキ限ハ破産手續ニモ亦通常訴訟手續ニ關スル民事訴訟法ノ規

定ノ準用アルヤ言フ埃タス故ニ(a)土地ノ管轄ニ關スル民事訴訟法第十條乃至第十四條及ヒ第二十五條ノ規定ハ破産手續ニ準用セラル(b)裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避ニ關スル民事訴訟法ノ規定民事訴訟法第三二條乃至第四二條ハ破産手續ニ準用セラル而シテ破産手續上ノ利害關係者タル破産者債權者等ハ民事訴訟法第三十二條及ヒ第四十一條ニ於ケル當事者タリ(債權ノ届出ヲ爲ササル債權者ハ破産手續利害關係者ト爲ラサルヲ以テ其債權者ト破産裁判所ノ職員トノ關係ハ除斥及ヒ忌避ノ原因ト爲ラス)故ニ破産裁判所ノ判事カ破産債權者トシテ届出ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ民事訴訟法第四十條及ヒ第三十六條ニ從ヒテ裁判ヲ爲ササルヘカラス(c)當事者及ヒ訴訟能力共同訴訟人訴訟代理及ヒ輔佐人訴訟費用保證及ヒ訴訟上救助ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ準用セラル故ニ破産裁判所ハ民事訴訟法第四十五條ニ從ヒテ訴訟無能力者若クハ適法ニ代理スルノ權限ナキ者ノ訴訟行爲ヲ職權調査上無効ナリト認ムルコトヲ得破産手續ニ加入スルコトヲ得ル各債權者ハ民事訴訟法第四十八條ニ從ヒテ破産手續ニ於ケル共同ノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得破産裁判所ハ職權ヲ以

テ代理ノ欠缺ヲ調査セサルヘカラス(民事訴訟法第七〇條破産裁判所カ破産手續費用ト異ナレル費用ヲ生スヘキ各箇ノ訴訟行爲ニ付キ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ敗訴者カ訴訟費用ヲ負擔シ若クハ相手方アルトキハ之ニ必要ナル訴訟費用ヲ賠償スヘキ法則ノ準用アリ(民事訴訟法第七二條第八三條訴訟上救助ハ各利害關係人ニ付與スルコトヲ得但シ破産者ニ對シテハ唯各訴訟行爲ノ爲メノミニ之ヲ付與スルコトヲ得又破産債權者團體ニ對シテハ之ヲ付與スルコトヲ得ス(d)破産手續ハ通常多クノ債權者カ參加スル執行手續ナルヲ以テ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ行動スルコトヲ得商法施行法第一三八條第二項民事訴訟法第五四三條第三項獨逸破産法第七三條第一項而シテ破産裁判所カ利害關係人ヲ口頭ニ審訊シタルトキハ該審訊カ利害關係人雙方ノ主張ノ異ナル點ヲ明白ナラシムルコトヲ目的トスルトキニ限リ口頭辯論ト爲ル該口頭辯論ハ任意的辯論ニシテ且ツ審問の性質ヲ有シ判決裁判所ニ於ケル辯論ニアラス民事訴訟法第一〇三條上段故ニ破産手續ニ於ケル口頭辯論ハ之ヲ公開スルノ必要ナシ然レトモ之カ爲メニ口頭辯論ニ關スル民事訴訟法ノ規定殊ニ民事訴訟

法第九條乃至第一百七條及ヒ第四百二十二條乃至第五百一十一條ハ破産手續ニ於ケル口頭辯論ニ準用ナレト論結スヘカラス蓋シ該辯論モ亦裁判上ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ於ケル手續ニ外ナラサレハナリ(e)送達(商法施行條例第二〇條、商法施行法第一四七條呼出期日)期間(民事訴訟法第一六一條、第一五九條、第一六〇條、第一六二條乃至第一七一一條)懈怠ノ結果及ヒ原狀回復(民事訴訟法第一七三條乃至第一七七條、即時抗告ノ不變期間ヲ懈怠シタル場合ニ該規定ノ適用アリ)ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ適用アリ然レトモ中斷及ヒ中止ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ適用ナシ破産者ノ死亡ハ其生前ニ於テ已ニ開始シタル破産手續ヲ中止スルモノニアラス(f)判決前手續判決及ヒ關席判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ準用セラルルコト甚タ少シ蓋シ破産裁判所ニ於ケル手續ハ破産債權ノ確定ニ關スル手續ヲ除ク外訴及ヒ判決ニ關スルモノナケレハナリ而シテ民事訴訟法第九十五條第一項ハ破産手續ニ準用セラレ既ニ開始シタル破産手續ノ終局以前ニ於テ同一破産財團ニ付キ更ニ破産手續ヲ開始セラルルコトナシ但シ破産裁判所ハ權利拘束ノ抗辯ヲ待ツコトナク

職權ヲ以テ破産手續ノ繫屬ヲ調査セサルヘカラス民事訴訟法第九十五條第二項ハ破産手續ニ準用セラレ破産手續開始ノ申立以後ニ於ケル管轄ヲ定ムル事情ノ變更カ破産裁判所ノ管轄ニ影響スル所ナシ其他民事訴訟法第二百二十二條第二百二十四條同條ニ於ケル當事者ハ破産手續ニ於テハ利害關係人タルヘシ第二百三十二條第二百三十三條第二百四十五條破産裁判所カ口頭辯論ニ基キテ爲ス決定ニ關シ及ヒ第二百四十一條ノ規定ハ破産手續ニ準用セラルルヲ當然トス(g)證據調ノ總則及ヒ人證鑑定書證檢證及ヒ本人訊問ニ關スル民事訴訟法ノ規定並ニ即時抗告ニ關スル規定ハ破産手續ニ準用セラル(商法施行條例第二四條第二五條商法施行法第一四七條(h)破産の強制執行ハ數多ノ點ニ於テ民事訴訟法ノ強制執行ト異ナルヲ以テ後者ニ關スル規定カ前者ニ適用セラルルコト甚タ少シ唯民事訴訟法第四百九十八條ハ破産裁判所ノ裁判ノ形式の確定ニ關シ準用セラレ民事訴訟法第五百四十四條ハ破産者若クハ第三者カ管財人若クハ其委任ニ基キテ執達吏カ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シ爲シタル申立及ヒ異議其他執達吏カ管財人ノ執行委任ヲ受クルコトヲ拒ミ若クハ委任ニ

從ヒ執行行為ヲ實施スルコトヲ拒ミ又ハ執達吏ノ計算シタル手数料ニ付キ管財人ノ爲シタル異議ニ付キ準用セラレ破産裁判所カ該異議ニ付キ執行裁判所トシテ裁判ヲ爲シ又民事訴訟法第五百五十五條乃至第五百五十七條第五百六十七條第五百七十條第六百十八條第六百二十五條商法第一〇〇一條第五百七十二條乃至第五百八十五條第六百十三條第六百十五條第六百十六條第七百三十條第七百三十一條ハ破産手續ニ準用セラル破産の執行ヲ保全スルカ爲メニ假差押ニ關スル規定亦然ラン(民事訴訟法準用ノ範圍)

破産法ニ廣狹ノ二義アリ狹義ノ破産法ハ破産手續ニ特別ナル規定ノ全體ヲ總稱シ廣義ノ破産法ハ破産手續ニ特別ナル規定ノ外ニ尙ホ破産手續ニ準用セラレヘキ民事訴訟法ノ規定ヲモ包含ス而シテ狹義ノ破産法ニ通則ト特別トノ二者アリ通則ノ第一ハ破産訴訟ニ於テハ通常訴訟ト異ニシテ不干涉主義ヲ採ラスシテ干涉主義ヲ認メタルコト是ナリ故ニ破産裁判所ハ法律上當事者ノ申立ヲ要スル旨ヲ記載シアラサル場合ニ於テ職權ヲ以テ破産手續ヲ進行セシメ且ツ必要ナル行為ヲ爲ササルヘカラス殊ニ破産手續ニ關スル關係ヲ明瞭ナラ

シムルニ必要ナル以上ハ證人鑑定人ノ訊問等ノ如キ事實發見ニ必要ナル證據調ヲ爲ササルヘカラス(獨逸破産法第七十五條是レ獨逸ノ「コーレル」氏カ當事者ニ對スル破産手續ハ審問的性質ヲ有スト云フ所以ナリ證據調ニ關シテハ民事訴訟法ノ規定ヲ準用ス其第二ハ總テノ破産手續上ノ裁判ハ一方ニ於テハ裁判ノ基礎トシテ口頭辯論ヲ要セストノ消極的法則ニ支配セラレ又他ノ一方ニ於テハ裁判所カ裁判前ニ口頭辯論ヲ命スルコトヲ得ルノ積極的法則ニ支配セラレルコト是ナリ此意味ニ於ケル口頭辯論ヲ學說上任意の口頭辯論ト稱シ其性質ハ審問的ニシテ義務的口頭辯論ニ於ケルカ如ク當事者カ裁判ノ基礎タル演述ヲ爲スカ爲メニ出頭スルノ形式ニアラス故ニ裁判所ハ該辯論ニ於テ爲シタル演述ノミヲ裁判ノ基礎ト爲サスシテ却テ記錄ニ存スル他ノ事項ヲ斟酌スルコトヲ得

破産手續ニ於ケル裁判ハ任意の口頭辯論ヲ經テ之ヲ爲スコトアレトモ義務的口頭辯論ヲ經テ之ヲ爲スコトナキヲ以テ其裁判ノ形式カ決定ニシテ判決ニアラサルコト疑ナシ隨テ判決ノミニ關スル民事訴訟法ノ法則ハ破産手續ニ適用



デキヤ當然ナリ決定ハ之ヲ分チテ(1)争訟即チ利害關係人間若クハ裁判官ト申立入トノ間ニ於ケル争訟ヲ裁判スルモノト否ト(2)實體上若クハ訴訟上ノ權利ニ付キ裁判スルモノト法律ニ違背スルコトナクシテ事物ノ性質ニ適セシムルカ爲メニ裁判スルモノト爲ス破産法ハ(1)ノ分類ニ基ク決定ヲ同等ニ取扱ヒ(2)ノ分類ニ基ク決定ヲ不同等ニ取扱ヒタリ實體上及ヒ訴訟上ノ權利ニ付キ爲シタル決定(破産ノ宣告決議ニ對スル認可ノ類)ニ對シテハ即時抗告ヲ認メ第九七八條、商法施行法第一三八條、商法第一〇四〇條事物ノ性質ニ適スルカ爲メニシタル裁判ニ對シテハ不服ノ申立ヲ認メナリシ(第九八二條蓋シ後者ノ裁判ハ裁判官ノ自由判斷ニ委セラレタレハナリ然レトモ法定ノ前提要件ヲ缺クコトヲ理由トシテ取消ヲ求ムルコトヲ得ルハ當然ナリ其第三ハ破産手續ニ於ケル裁判ノ形式ハ判決ニ非スシテ決定ナルヲ以テ其之ニ對スル不服申立ノ形式カ抗告ナルコトハ疑ナキ所ナリ而シテ破産法ハ唯即時抗告ナル不服申立方法ヲ認メタルノミ(獨逸破産法第七三條第三項、獨逸民事訴訟法第五七七條通常ノ抗告ハ破産法ニ基カスシテ却テ破産の訴訟ニ於テ生シタル裁判民事訴訟法第二九四條

第三〇二條第三二八條等)ニ對シテ爲スコトヲ得ヘシ  
抗告ヲ爲ス權利者ハ破産債權者團體管財人カ其機關トシテ抗告ヲ爲ス各破産債權者破産債權者團體ニ附帶セテ自己ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ル者管財人(報酬額決定ノ如キ自己固有ノ利益ニ關スルモノニ對シ)及ヒ破産者タリ蓋シ此等ハ裁判ニ付キ利害關係ヲ有スレハナリ申請却下ノ裁判ニ對シテハ唯申請者ノミカ利害關係者トシテ抗告ヲ爲スコトヲ得ルノミ

總テノ決定ハ判決ト同シク裁判所ヲ羈束スルモノニアラス抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ決定ハ(假差押決定其他民事訴訟法第三十八條第八十條等)ニ規定タル決定(裁判所ヲ羈束シ訴訟指揮ニ關スル決定ハ證據決定民事訴訟法第一百四條乃至第二百三十三條)ニ規定シタル決定之ニ反ス蓋シ前者ノ決定ハ實體上及ヒ訴訟上ノ權利ニ付キ爲シタル裁判ナルヲ以テ裁判所カ抗告アリタルトキニ限リ之ヲ變更スルコトヲ得ルハ民事訴訟法第四百五十九條ノ文意上明白ナリ後者ノ決定ハ裁判所ノ指揮權ニ屬スルモノナルヲ以テ該決定ノ目的物ハ未タ中間判決若クハ一分判決ニ依リ終局セサル以上ハ有效ニ變更スルコトヲ得ヘ



ケレハナリ但シ訴訟指揮ニ關スル裁判ニ基キテ其取消以前ニ實施セラレタルモノノ效力殊ニ證據調ノ一部ノ如キハ爾後ノ取消ニ依リ效力ヲ失ハサルヤ當然ナリ此點東力ニ關スル法則ハ破産手續ニ於ケル決定ニモ適用セラル即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ル破産裁判所ノ裁判ハ民事訴訟法第四百九十八條第一項ノ準用トシテ其不服申立ノ爲メニ規定セラレタル不變期間ヲ徒過シタルニ因リテ形式的確定力ヲ生ス該期間ハ總テ抗告權ヲ有スル利害關係人ニ對シテ進行スルモノタリ而シテ再審ノ訴ヲ提起スルヲ得ルコトカ判決ノ確定ニ影響ナキト同シタ又再審ノ訴ニ付テノ要件ノ有スル場合ニ於テ認メラレタル抗告期間ノ擴張ハ決定ノ確定ニ影響ナシ(商法施行條例第二四條商法施行法第一四七條民事訴訟法第四六六條)

決定ノ形式的確定力ノ發生ハ適法ナル抗告ノ申立ニ因リテ遮斷セラル(民事訴訟法第四九八條第二項準用又決定ハ其形式的確定ヲ要セスシテ執行ノ效力ヲ有スルヲ民事訴訟法上ノ原則トス(民事訴訟法第四六〇條然レトモ商法施行條例第二十五條ニ依レハ民事訴訟法第四百六十條第一項及ヒ第二項ノ適用ヲ除外

シタルヲ以テ破産法ニ於ケル決定ハ未確定中ハ執行ノ效力ヲ有セサルヲ原則ト爲スニ似タリ(商法施行法第一四七條故ニ特ニ破産ノ宣告ハ假執行ヲ爲スコトヲ得ト規定シ(第九八一條佛蘭西商法第四四〇條以テ債務者カ破産ノ宣言ノ未タ確定セサルヲ奇貨トシ財産ヲ隱匿シ或ハ甲債權者ヲ利シ乙債權者ヲ害スルカ如キ偏頗ノ行爲ヲ爲シ債權者ヲ害スルノ弊害ヲ防止シタリ立法論トシテハ民事訴訟法ト同一ノ原則ヲ認ムルヲ正當ト信ス抗告手續ニ關シテハ商法施行條例第二十五條商法施行法第四百十七條及ヒ民事訴訟法第三編第三章ヲ參照スヘシ)

其第四ハ不定多數ハ當事者ニ對スル決定殊ニ破産ノ宣告破産ノ終局債權届出期間債權調査期日債權者集會期日協議契約期日等ニ關スル決定及ヒ命令主任官ノ指定スヘキ調査會若クハ集會ニ關スル期日ノ命令ハ之ヲ公告セサルヘカラサルコト是ナリ是レ蓋シ不定多數ノ當事者ニ送達ヲ爲スコト能ハサルヲ以テナリ(第九八一條第九八二條第一〇四八條等故ニ公告ハ總テノ利害關係人ニ對シテ爲シタル送達ト同一ノ效力ヲ有ス但シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ル裁判ハ

言渡シタルモノヲ除キ公告ノ外特ニ特定ノ當事者ニ送達シ以テ即時抗告ノ期間ヲ進行セシメサルヘカラス(商法施行法第一四七條、商法施行條例第二四條)公告ハ裁判所ノ揭示場並ニ破産者ノ營業場ニ帖附シ及ヒ其他ノ新聞紙ニ載セテ之ヲ爲ス(第九八一條)又公告ハ其手續ヲ盡シタルヨリ適當ノ時間ヲ經過シタル後ニ於テ其效力ヲ生ス獨逸破産法第七六條第一項ハ公告ヲ記載シタル官報ノ發兌後二日ヲ經過シタルトキニ於テ公告ノ效力ヲ生スト規定シタルヲ獨逸舊破産法第六八條特定ノ當事者ニ對スル裁判ハ言渡シタルモノノ外之ヲ職權ヲ以テ送達ス(商法施行條例第二〇條、第二四條、商法施行法第一四七條、民事訴訟法第二四五條)獨逸破産法第七三條第三項故ニ破産宣告申立却下ノ決定協議契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定ノ如キモノハ之ヲ送達セサルヘカラス獨逸破産法ハ各裁判ハ縱令言渡シタルモノト雖モ職權ヲ以テ各利害關係人ニ送達スヘク且ツ裁判所ニ各利害關係人ニ對スル送達ニ代ヘテ公告ヲ選フ權能ヲ認メタリ又各利害關係人ニ特ニ知ラシムルカ爲メニ公告ニ附帶シテ送達ヲ爲スヘキ場合ヲ規定シタル(獨逸破産法第一一條第三項第一七九條第一項)而シテ此場合ニ於テ

ハ公告ヲ以テ送達アリタルモノトシ特別ノ送達ヲ訓示の性質ヲ有スルニ過キサルモノト爲シタリ我商法ニ於テハ公告ト送達トノ關係甚タ曖昧ナルヲ以テ獨逸破産法ニ比シテ遜色アリト認ム

特別ノ第一ハ破産ノ開始手續、第二ハ破産債權及ヒ破産財團ノ確定手續、第三ハ破産ノ終局手續ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

### 第一節 破産ノ開始手續

破産手續ハ決定ノ形式ニ依レル破産ノ宣告ヲ以テ之ヲ開始ス破産手續ノ開始ニ斯ル決定ヲ要スル理由ハ蓋シ破産ハ前述ノ如ク一ノ強制執行ナルヲ以テ他ノ強制執行ニ於ケルト同シク債務名義ヲ必要トスルニ存ス此破産の執行名義ハ一般的ニ未確定ノ債權者ノ爲メニ存シ破産の差押ヲ正當ナラシムルニ止マル債權者ハ其權利ヲ届出テ之ヲ確定セシメ以テ特別ノ執行名義ヲ得ルニアラスンハ破産財團ノ配當ヲ受タルコトヲ得ス蓋シ然ラズンハ大ニ危險ナレハナリ故ニ破産手續開始決定ハ配當スヘキ財團ノ保全名義ニシテ届出及ヒ確

定ノ手續ニ依レル特別執行名義ハ破産財團ノ配當ニ關與スル名義ナリト謂フコトヲ得

破産手續開始決定ハ單ニ執行名義タルノミナラス却テ同時ニ執行其モノタリ該決定ハ單ニ破産の差押ヲ正當ナラシムルノミナラス却テ一般的ニ破産財團ニ屬スヘキ破産者ノ財産ヲ差押フルモノタリ抗告裁判所カ該決定ヲ廢棄シタルトキハ唯リ執行名義ノ廢棄アルノミナラス間接ニ差押ノ取消アリタルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ破産手續開始決定ハ執行名義及ヒ差押其モノノ二者ヲ包含スルヲ以テ其廢棄決定亦此兩者ノ取消ヲ包含スルヲ當然トスレハナリ而シテ破産の差押ノ取消ハ將來ニ向テ效力ヲ發生スルニ止マリ既往ニ向テ何等ノ效力ヲ發生セス破産手續開始決定カ其效力ヲ存スル時マテ破産の差押亦有效ニ其效力ヲ存ス

破産裁判所ハ支拂ヲ停止シタル商人ヲ其債權者又ハ本人ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産者ト認定ス此認定ヲ破産ノ宣告ト稱ス第九七八條商法施行法第一三八條第一項英吉利破産法第二〇條佛蘭西商法第四四〇條奧太利破産法第五八

條乃至第六六條獨逸破産法第一〇二條以下左ニ破産宣告ノ要件其前手續破産宣告及ヒ申立ノ却下並ニ之ニ伴フ諸手續ヲ略述スヘシ

### 第一款 破産宣告ノ要件

破産宣告ノ要件ハ之ヲ分チテ債務者又ハ債權者ノ申立及ヒ商人ノ支拂停止破産宣告ノ原因ノ二トス

(一) 債務者又ハ債權者ノ申立 不告不理ハ裁判上ノ原則ナリ蓋シ近世ニ於テ國家カ一私人ノ保護要求ナキニモ拘ラス其私法の法律關係ニ干渉スルハ極メテ有害無益ナレハナリ斯ル原則ノ適用トシテ破産宣告ニモ亦當事者ノ申立ヲ必要ト爲スヲ近世ニ於ケル多クノ破産立法ノ例ト爲ス(獨逸破産法第一〇三條第一項、英吉利破産法第五條西班牙商法第八七五條葡萄牙商法第六九六條我商法亦然リ)商法施行法第一三八條然レトモ商人破産主義ヲ認メタル立法例ノ多クハ佛蘭西商法第四四〇條白耳義商法第四四二條伊太利商法第六八四條(ローマニ)商法第七〇一條(アルジャンタン)商法第一三八一條智利商法第一三五六條等)佛

關西商法第七百六十八條ニ於テハ破産者ニシテ逃走シ若クハ財産ヲ隱匿スルノ恐アルトキハ檢事ハ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ認め巧ニ職權開始主義ノ實ヲ取リテ名ヲ取ラサリシ我舊商法第九百七十八條ト同シク破産裁判所ノ職權的破産宣告ヲ認めタリ其理由ハ破産カ公益ニ關スルノ故ニアラス蓋シ犯罪行為ニ關シテモ仍ホ檢事ノ公訴ヲ必要ト爲セハナリ唯支拂停止ノ事實顯著ナルニモ拘ラス債權者之ヲ知ラス若クハ現在ノ債權者ト債務者トノ間ニ共謀アリテ不在ノ債權者ノ利益ヲ害スルカ如キ場合ニ當リ裁判所ヲシテ干涉セシメ破産手續ノ骨子タル債權者間ノ平等ヲ維持セント欲スルニ在リ斯ル理由ハ立法上之ヲ正當ト認ムルコトヲ得ス蓋シ當事者ノ申立ナキニモ拘ラス職權ヲ以テ干涉ヲ爲シ破産ノ宣告ヨリモ寧ロ有益ニシテ且ツ公益上希望スヘキ當事者間ノ調和ヲ破ルノミナラス支拂ヲ停止シタル債務者ハ現在ノ債權者ト和熟シ不在ノ債權者ハ原因ノ如何ヲ問ハス破産宣告ノ申立ヲ爲ササルニ於テハ毫モ權利ノ衝突ヲ來スコトナキヲ以テ破産手續ニ依リ清算ヲ爲スノ必要ナクレハナリ故ニ商法施行法第三百三十八條ニ於テ職權的破産宣告ノ手續ヲ廢シタルハ甚

タ正當ナリ然レトモ民法第七十條ニ於テ法人ノ破産ニ關シ職權ヲ以テ開始スル主義ヲ認めタルハ公益ヲ以テ理由ト爲スニ在レトモ前示ノ法理ニ徴シ其當ヲ得スト謂ハサルヲ得ス犯罪ニ付キ公訴ヲ必要ト爲スニモ拘ラス法人ノ破産ニ付キ職權ヲ以テ之ヲ開始スト云フハ公益ノ輕重ヲ顛倒シタルモノト謂フヘシ是ヲ以テ獨逸民法第四十二條ハ法人ノ破産ニ付キ理事ノ申立ヲ必要トシ職權開始ヲ認めサリシニ

破産ノ宣告ヲ爲スニ申立ヲ必要ト爲ス諸國ノ立法ハ何レモ債務者及ヒ債權者ニ該宣告ノ申立ヲ爲ス權ヲ認めタリ(商法施行法第一三八條獨逸破産法第一〇三條第二項等)

(A) 債務者ノ申立 支拂ヲ停止シタル商人ニシテ將來破産者タルヘキ債務者ハ破産ノ宣告ヲ求ムル申立權ヲ有ス然レトモ之ヲ申立フルノ義務ヲ負ハス蓋シ債務者ハ少クモ債權者ヲ同等ニ待遇シ甲ヲ利シ乙ヲ害セサルノ德義ヲ負フ故ニ法律ハ支拂ヲ停止シタル債務者ヲシテ斯ル德義ヲ悉サシムルカ爲メニ破産手續開始ノ申立權ヲ與ヘ之ヲ義務ト爲ササルニ外ナラサレハナリ隨テ債務

者ニ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ認ムルハ即チ自己カ破産ノ宣告ヲ受ケ破産手續ノ開始ヲ債權者ニ強フル失當ノ立法ナリト解スヘカラス債務者ノ破産宣告ヲ求ムル申立ハ一ノ處分行爲ナリ何トナレハ債務者カ其財産ヲ破産の差押ニ委テ行爲ナレハナリ隨テ申立ヲ爲ス債務者ハ處分能力ヲ有スルコトヲ必要トス故ニ債務者カ法人ナルトキハ其財産ヲ處分スル權限ヲ有スル機關即チ理事者タハ清算人カ破産宣告ノ申立ヲ爲シ又債務者カ組合ノ如ク多數人ノ集合ナルトキハ其組合員カ共同ニテ破産宣告ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ破産宣告ヲ求ムル申立ハ法律上別ニ方式ヲ規定セザルヲ以テ書面又ハ口頭ニテ爲スコトヲ得民事訴訟法第一三五條準用而シテ獨逸破産法第一百四條ハ債務者カ該申立ヲ爲スニ際シ貸借對照表及ヒ財産目錄ヲ同時ニ若クハ爾後遲滞ナク提出スヘキ旨ヲ規定シ以テ裁判官ヲシテ破産宣告ノ理由ノ存否ヲ調査スルノ材料ト爲サシム但シ這ハ破産宣告ヲ求ムル申立ノ形式的要素ニアラサルヲ以テ破産裁判所カ前ノ貸借表及ヒ財産目錄ノ提出ヲ缺クモ爲メニ破産ノ宣告ヲ爲スノ妨ト爲ラス佛蘭西及ヒ伊太利ノ商法ハ債務者ノ申立ナルモノナク唯屆出義務

アルノミ其立法上ノ理由ハ破産手續ノ進行ヲ容易ナラシムルニ在リ隨テ該義務ハ債權者ノ申立以後ト雖モ免除セラルルモノニアラス我商法第九百七十九條ハ白耳義商法(第四四二條)和蘭商法第七六四條等ノ立法例ニ倣ヒ申立權ノ外ニ債務者ノ屆出義務ヲ認メ支拂ヲ停止シタル債務者ハ支拂停止ノ日ヲ算入シテ五日內ニ管轄破産裁判所ニ屆出ヲ爲シ以テ支拂停止ノ原因ヲ明示スヘキ義務ヲ負ヒ又會社ノ支拂停止ニ關シテハ取締役又ハ清算人ヲ屆出ノ責ニ任セシメタリ是レ屆出義務ヲ債務者ノ破産宣告ヲ求ムル申立ヲ爲スノ強制手段トスル法意ナルヘシト雖モ立法上失當タルヲ免レス蓋シ不利益ノ自白ヲ通常人ニ強フルハ實行スルコト能ハサル事項ナルヲ以テ屆出義務ナル制度自體カ立法上失當ナルノミナラス權利ノ行使ハ權利者ノ自由ナルヘキニモ拘ラス屆出義務ヲ以テ其行使ヲ強制スルハ甚タ權利ノ觀念ニ反スレハナリ故ニ獨逸破産法ノ如ク立法スルハ正當ト信ス五日內ノ短期間ニ債務者カ屆出ヲ爲ス義務ヲ負フハ蓋シ債務者カ支拂ヲ停止シタル當時ニ於テハ速ニ財産ヲ保全シ各債權者ニ平等ノ満足享有ヲ保障スルニ在リ屆出即チ裁判所ニ對シテ爲ス支拂停



止ノ事由ヲ明示スル陳述ハ便宜上書面又ハ口頭ニテ本人又ハ其代人ヨリ爲スコトヲ得第九七九條第一項民事訴訟法第一三五條(第九百七十九條ニ於テ)本人……ノ明文アルカ故ニ反對推理ニ依リ代人ヨリ届出ヲ爲スコトヲ禁シタルモノト速斷スヘカラス病氣等ノ如キ障害ニ依リ本人自ラ之ヲ爲スコト能ハサルトキニ當リ仍ホ本人タルコトヲ要スト云フハ酷ニ失シ適當ノ理由ヲ缺ク(白耳義民法第一九八八條届出ニハ支拂停止ノ事由ヲ明示スルノ外貸借對照表並ニ商業帳簿ヲ添フルコトヲ要ス貸借對照表ヲ添附スルハ破産ノ性質單純破産若クハ有罪破産ヲ發見スル便宜ヲ與ヘ債權者ノ氏名ヲ認知シ其招集ヲ容易ナラシムルカ爲メ債權者調査ノ便宜ヲ與ヘ且ツ管理ヲ容易ナラシムルカ爲メ又破産手續續行ノ當否ヲ判定スル(商法第九八二條)ニ便益アルカ爲メナリ貸借對照表ニハ之ヲ届出ニ添附スル立法上ノ目的ヲ達スル當然ノ結果トシテ通常貸方即チ財產權ノ種類債額借方即チ債務者ノ氏名及ヒ其金額其他支拂停止ノ事由ヲ明白ナラシムルカ爲メニ利益損失並ニ家事費用一身上ノ費用ノ概要ヲ記載スルヲ以テ第九七九條第二項佛蘭西商法第四三九條時トシテ五日內ノ短期間、

ニ新調スルコト難キコトアリ故ニ貸借對照表提出不能ノ理由ヲ明示シタル手記ヲ代用スルコトヲ許シ(白耳義商法第四四一條第一項)又爾後遲滞ナク提出セシムルノ立法例アリ(獨逸破産法第一〇四條佛蘭西商法ニ於テハ別ニ法文ナキモ實際上裁判官ニ斟酌ヲ許スニ似タリ我商法ニ於テモ亦然ラン蓋シ不能ハ之ヲ強フルコト能ハサレハナリ又貸借對照表ハ商法第五十條ニ於テ其嚴正ナルヘキコトヲ擔保スト雖モ素ト是レ債務者ノ單獨ニテ作成セタル私署證書ニ過キス故ニ債權者ヲ拘束スルノ效力ナキハ勿論貸借對照表ニハ錯誤又ハ爭論ノ餘地ヲ存シテ掲ケタル債權關係ナキヲ保セサルヲ以テ之ヲ裁判上ノ認諾ト認ムルニ足ラス隨テ債務者ヲモ拘束スルノ效力ナシ唯當事者間ニ爭ナキ場合ニ於テハ承認ノ效力アルヘキヲ以テ時效中斷ノ原因ト爲ル民法第一四七條第一五六條商業帳簿ヲ添附スルハ支拂停止以後ニ於ケル債務者隨意ノ抹消變更附加等ヲ防止スルノ目的ヲ以テ實在的ノ證明ヲ爲サシムルカ爲メニスルニ外ナラス  
法律ハ債務者ヲシテ其支拂停止ノ届出義務ヲ履行セシムルカ爲メニ之ヲ意リ



タルトキハ過怠破産者トシテ(第一〇五一條第五佛蘭西商法第五五六條第四白耳義商法第五七四條第四之ヲ獎勵スル目的ヲ以テ斯ル義務ニ違背セサル債務者ニ協諾契約ノ提供ヲ爲スノ利益ヲ認メタリ(第一〇三八條破産ノ宣告ヲ求ムル申立ヲ爲シタル債務者ハ之ヲ爲セタル債權者ト異ニシテ破産手續ニ必要ナル費用殊ニ公告費用ヲ豫納スルコトヲ要セス國庫カ假ニ該費用ヲ支辨スルモノタリ(商法施行法第一四〇條前段蓋シ支拂ヲ停止シタル債務者ニ費用豫納義務ヲ負ハシムルコト能ハサルヲ以テナリ國庫カ支辨シタル費用ハ破産手續上ノ費用トシテ破産財團ヨリ之ヲ支拂フ(第一〇三二條)

破産宣告ノ原因タル支拂ヲ停止シタル債務者カ破産宣告以前ニ死亡シタル場合ニ於テ仍ホ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ認メタル商人破産主義ノ立法國ハ相續人ノ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ認メタリ(智利商法第一三四條佛蘭西商法多數ノ學說是レ相續人カ破産ノ手續開始ニ因リ前主ノ債權及ヒ債務ノ關係ヲ迅速ニ結了シ殊ニ協諾契約上ノ利益ヲ受クルノ實效アルヲ以テナリ相續財産ニ對スル破産手續ノ開始ヲ認メタル諸國ハ相續人及ヒ相續財産ヲ代表スル債權限

ヲ有スル者殊ニ相續財産管理人遺言執行者等ニ破産宣告ノ申立權ヲ認メタリ蓋シ此等ノ者ハ被相續人ニ代ルヘキモノナレハナリ(獨逸破産法第二一七條我商法ハ斯ル重要ナル問題ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ之ヲ解スルコト頗ル難シト雖モ予輩ハ曩ニ相續財産ニ對シ破産宣告ヲ爲スコトヲ正當ト認メタルヲ以テ相續人及ヒ相續財産ヲ代表スル者ニ破産宣告ノ申立權アルモノト言ハント欲ス(民法第一〇五六條第一一七條參考)

(B) 債權者ノ申立 債權者即チ開始セラルヘキ破産手續ニ於テ破産債權者タル資格ヲ有スル者ハ其自衛方法トシテ支拂ヲ停止シタル債務者ニ對シ破産宣告ヲ爲スヘキ旨ヲ求ムル申立權ヲ有ス此申立ハ一ノ執行行爲タリ何トナレハ自己ノ債權ヲ實行スルカ爲メニ他人ノ財産ノ差押ヲ求ムルモノナレハナリ故ニ該申立ヲ爲ス債權者ハ權利執行ノ能力アルヲ以テ足レリトス隨テ法人カ債權者ナル場合ニ於テハ法人ニ屬スル權利ノ執行ヲ要求スルノ權限アル各機關カ破産宣告ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ

破産債權ト爲ルヘキ債權ヲ有スル者カ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有ス故ニ別

雖請求權者クハ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得サル債權ヲ有スル者ハ此申立權ヲ有セス然レトモ破産債權タルヘキ債權ヲ有スル以上ハ其債權額ノ多寡債權ノ性質民事及ヒ商事期限及ヒ條件ノ有無優先權ノ存否債權者ノ員數及ヒ親族關係ノ有無ハ法律ノ問フ所ニアラス是レ總債權者ヲ同等ニ保護スルノ法意ナリ英吉利破産法第六條第一ニ於テハ少クモ五十「ラブル」ステリング「ア」債權者タルコトヲ要ス獨逸破産法佛蘭西商法及ヒ我商法ニ於テハ別ニ債權額ノ制限ナキヲ以テ僅少額ノ債權者ト雖モ破産宣告ノ申立權ヲ有スト謂フヘシ立法問題トシテハ斯ル金額上ノ制限ハ大ニ參考スヘキコトト信ス條件附及ヒ期限附債權者ハ債務者ノ急迫の財産上ノ零落及ヒ有害ナル他ノ債權者ニ對スル支拂ヲ防止スルコトノ急迫ナル利害關係アルヲ以テ殊ニ破産手續ノ開始ニ際シ之ニ加ハルコトヲ得ルモノナルヲ以テ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルコトハ獨佛ノ學者間ニ爭ヒナキ所ニシテ又我商法ノ是認シタル所ナリ

優先權ヲ有スル債權者ハ別除請求權者トシテ其目的物ニ付キ完全ナル支拂ヲ受クルコトヲ得ル場合ト雖モ破産宣告ヲ求ムルノ申立權ヲ有ス蓋シ此種ノ債

權者ハ破産宣告以前ニ於テ別除請求權ノ主張カ果シテ商法ニシテ又該主張ノ結果トシテ債務者ニ對スル債權カ消滅スルカ若クハ減額スルヤヲ確定スルコト能ハサレハナリ殊ニ破産者ノ通常債權者タル資格ヲ有スル優先權者ニ通常債權者ノ有スル申立權ヲ認メタルハ優先權ノ效力ヲ減殺スルモノナレハナリ債權質ヲ有スル債權者ハ取立權ヲ有スルトキハ第三債務者ニ對スル破産宣告ノ申立權ヲ有シ反對ノ場合ニハ債務者カ第三債務者ニ對スル破産宣告ノ申立權ヲ有ス蓋シ裁判上質權ノ目的タル債權ヲ請求スル權利者ハ前者ノ場合ニ於テハ質權者ニシテ後者ノ場合ニ於テハ債務者ナレハナリ連帶及ヒ不可分債務關係ニ於テハ各債權者カ破産宣告ヲ求ムルノ申立權ヲ有ス蓋シ各債權者ハ給付ノ全部ヲ請求スルノ權利ヲ有スレハナリ最近親ノ關係アル債權者亦破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有ス但シ破産ノ宣告ハ破産者ノ名譽ヲ害シ之ニ重大ナル結果ヲ蒙ラシムルヲ以テ近親間ニ破産宣告ノ申立權ヲ認ムルハ公ノ德義ヲ害ストノ理由ヲ以テ申立權ニ親族關係上ノ制限ヲ認ムル立法例及ヒ之ヲ贊成スル學說少カラス伊太利商法第六八七條第二項「ルーマニ」商法第七〇〇條智利商

法第一三五條アルジャンチン商法第一三九五條純然タル箇人主義ニ於テハ金錢債權カ親族關係ノ爲メニ其實行ヲ妨ケラルルト云フハ洵ニ解スヘカラサルニ似タリト雖モ忠孝ヲ重スル我美風ヲ維持スルカ爲メニ立法上斯ル制限ヲ設クルハ甚タ正當ナリト認ム

破産宣告ノ申立ヲ爲ス債權者ハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムル所ニ從ヒ破産手續ニ必要ナル費用ヲ豫納スルノ義務ヲ負フ商法施行法第一三九條第一項是レ破産手續ハ債權者ノ利益ノ爲メニ開始スル執行手續ナレハナリ民事訴訟法第五七一條第七二條等參考故ニ裁判所ハ債權者カ該義務ヲ履行セサル場合ニ於テ其申立ヲ棄却スルコトヲ得商法施行法第一三九條第二項然レトモ債權者ハ貧困ニシテ破産手續費用ヲ豫納スルコト能ハサル場合アリ斯ル場合ニ於テハ訴訟上ノ救助ト同一法意ニ依リ國庫カ假ニ破産手續費用ヲ支辨シ單ニ債權者ノ破産手續費用ヲ豫納セサルノ理由ノミヲ以テ債權者ノ申立ヲ棄却セサルヲ正當トス蓋シ若シ然ラズンハ債權者ノ權利伸張ヲ害スルニ至レハナリ商法施行法第一四〇條後段豫納若クハ支辨シタル破産手續費用ハ商法第千三十

二條ニ從ヒテ破産財團ノ負擔タルヤ當然ナリ

支拂ヲ停止シタル商人ハ破産宣告以前ニ於テ死亡シタル場合ニ尙ホ之ニ對スル破産宣告ヲ認メタル商人破産主義ノ立法國ハ死者ノ債權者ニ總相續人ヲ相手方トシテ死亡後一年內ニ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ認メタリ死者ノ總相續人ヲ相手方ト爲ス理由ハ該相續人カ破産ノ宣告ニ付キ大ニ利害ノ關係アルヲ以テナリ相續財産ニ對シ破産ノ宣告ヲ認メタル立法國ハ相續債權者ニ之カ申立權ヲ認メタリ蓋シ相續債權者即チ被相續人カ對人的ニ負ヒタル債務相續債權ニ對スル債權者ハ相續財産ニ對シ強制執行ヲ爲スノ權利ヲ有シ又相續人ハ相續財産ヲ相續債務ノ辨濟ニ供スヘキ義務ヲ負ヘハナリ(獨逸舊破産法第二〇五條第一項同新破産法第二一七條以下)我破産法ニ於テモ亦然ラン以上略述シタル申立ハ之ヲ爲シタル債務者若クハ債權者カ破産手續開始決定ノ確定ニ至ルマテ有效ニ之ヲ取下クルコトヲ得隨テ抗告審ニ於テモ亦有效ニ之ヲ取下クルコトヲ得民事訴訟法第一九八條準用但シ同條ニ於ケル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ明文ニ拘泥シ裁判ノ確定マテニ有效ニ取下クルコトヲ得ルモノニ

アラスト論結スヘカラス同條第三項ハ適法ナル取下ハ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生スト云ヘリ故ニ判決ノ言渡以後其確定マテハ訴ヲ有效ニ取下タルコトヲ得ルハ獨逸法學者ノ多數ノ見解ナリ破産手續開始決定確定以後ハ多數ノ債權者カ關係スルヲ以テ唯破産手續ニ從ヒテ破産關係ヲ消滅セシムルコトヲ得ルノミ而シテ適法ナル申立ノ取下アリタルトキハ破産手續ヲ開始スルコトヲ得ス何トナレハ破産手續ノ開始ハ申立ノ存在ヲ前提ト爲セハナリ然レトモ債權者及ヒ債務者ハ其有スル申立權ヲ拋棄スルコトヲ得ス蓋シ債務者ノ有スル破産宣告申立權ハ單ニ債務者ノ利益ノ爲メニ存スルニアラスシテ却テ總債權者ノ利益ノ爲メニモ亦存スルモノナレハナリ又債權者ノ有スル破産宣告ノ申立權ハ自己ノ利益ノミノ爲メニ認メラレタルモノニアラスシテ總債權者ノ利益ノ爲メニ與ヘラレタル裁判上ノ請求權ナレハナリ但シ債權者カ債務者ニ對シ其權利ノ法律保護ヲ求メサル旨ノ特約カ訴權ナキ債權自然義務ト爲スノ意味ヲ以テ成立シタルトキハ該債權者ノ權利ハ破産債權タルノ要件ヲ缺クコト前述ノ如シ隨テ該債權者カ破産宣告ヲ求ムル申立權ナキヤ言フ埃タス

破産宣告ノ申立ヲ爲シタル債權者カ破産手續開始以前ニ満足ヲ享有シタルトキハ其申立ヲ取下ケタルトキト同一ノ取扱ヲ爲ササルヘカラス蓋シ破産宣告ヲ求ムル申立權ハ其宣告ヲ爲ス當時ニ存在スルコトヲ要スレハナリ

破産宣告ノ申立ハ特別ノ條件ノ存スル場合ニ於テ義務タルコトアリ是レ破産手續ヲ利用シテ債權者ニ最モ完全ナル平等の満足ヲ得セシムルカ爲メナリ故ニ第一ニ法人カ其債務ヲ完済スルコト能ハサルトキハ理事ハ直チニ破産宣告ノ申立ヲ爲ス義務ヲ負フ(民法第七〇條)獨逸民法第四二條第二項而シテ理事カ該義務ヲ履行セサルトキハ連帶シテ之カ爲メニ生シタル損害ヲ法人及ヒ其債權者ニ對シテ賠償スル義務ヲ負ヒ又過料ニ處セラル(民法第八四條)獨逸民法第四二條第二項第二七六條法人ノ清算人亦法人ノ財產カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルコト分明ナル場合ニ於テ同一義務ヲ負フ(民法第八一條)第八四條獨逸民法第四八條第二項法人ノ理事ニ對スル損害賠償權ハ爾後法人カ破産シタル場合ニ於テ破産財團ノ一部分タルヤ言フ埃タス第二ニ株式會社又ハ株式合資會社ノ取締役及ヒ清算人ハ法律上特定ノ場合ニ於テ會社ニ對スル破産宣告ヲ爲ス旨ノ

申立ヲ爲ス義務ヲ負フ(商法第一七四條第二項、第二三六條、第二六二條、第六號民法第八一條)第三ニ相續人相續財産ノ管理人及ヒ遺言執行者ハ相續財産カ相續債務ヲ完済スルニ不足ナルコト分明ナル場合ニ於テ相續財産ニ對スル破産宣告ヲ爲ス旨ノ申立ヲ爲ス義務ヲ負フコト獨逸民法ニ於ケルカ如キヲ正當ノ法則ト信ス(獨逸民法第一九八〇條、第一九八五條、第二一九七條等)

(二) 商人ノ支拂停止 商人破産主義ノ立法ハ破産宣告ノ原因トシテ商人ノ支拂停止ヲ要件トシ(佛蘭西商法第四三七條、白耳義商法第四三七條、伊太利商法第六八三條、葡萄牙商法第六九二條、其他智利、アルマニ、アルジャンチン諸國ノ立法一般破産主義ノ立法ハ或ハ破産宣告ノ原因トシテ支拂不能ヲ要件トシ(獨逸破産法第一〇二條、或ハ商人ニ對シテ支拂停止ノミヲ以テ足レリトシ非商人ニ對シテハ特定ノ事實ニ依リ表示セラレタル無資力ヲ要件ト爲セリ我破産法カ商人破産主義ヲ認メ破産宣告ノ原因トシテ商人ノ支拂停止ヲ要件ト爲シタルコトハ商法施行法第八十三條第一項、商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ)明文ニ依リ瞭然ナリ我民法ハ一般の破産主義ヲ認メタルコトハ前述シタル所ナ

リ故ニ其破産宣告ノ原因ニ關スル要件亦獨逸破産法若クハ伊太利破産法ノ立法例ニ屬スヘキコトヲ推知スルニ足ル左ニ現行法ノ破産宣告ノ原因ヲ述ヘ次ニ民法上假定ノ破産宣告ノ原因ヲ述ヘン

(A) 現行法ノ要件 現行法ニ於ケル破産宣告ノ原因ハ商人ノ支拂停止ナルコト前述ノ如シ

(a) 商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業ト爲ス各人タリ(商法第四條)故ニ未成年者、妻、法人等亦商人タルコトアリ(民法第六條第一、五條、商法第五條又其同シテ)ノ商業ヲ營ム數人カ共同的ニ商人タルコトアリ(組合ノ如キ)商行爲ヲ爲ス各人カ商人タリ商行爲トハ商事ニ關スル法律行爲ニシテ法律ハ該行爲ノ範圍ヲ最モ正確ニ規定シタリ(商法第二六三條以下)該規定ニ於ケル商行爲ノ列舉ハ例示ニアラサルヲ以テ類推ニ依リ他ノ行爲ニ付キ商行爲ノ意義ヲ擴張スルコトヲ得ス商行爲ヲ業ト爲ス各人カ商人タリ故ニ外觀上繼續のニ且ツ營利的ニ行フ意思ヲ以テ爲ス私人的行動トシテ商行爲ヲ爲ササル者ハ商人ト認ムヘカラス公證人ノ如キハ其職務カ私人的行動ニアラサルヲ以テ商人ト爲ラス



自己ノ名ヲ以テ爲ス者カ商人タリ故ニ商行爲ニ基キ發生スル權利及ヒ義務ノ歸屬スル主人トシテ商行爲ヲ爲ササル者ハ商人ト爲ラス商人ノ相續人タル未成年者ノ爲メニ其未成年者ノ名ニ於テ商行爲ヲ爲ス後見人ハ商人ニ非ス該未成年者カ商人タリ(商法第七條)是以テ他人ノ名ニ於テ商行爲ヲ爲ス各人即チ後見人、商業使用人、船長、法人ノ代表機關等ハ被代表者ノ支拂停止ノ爲メニ破産者ト爲ラス又商人タルノ能力ナキ者民法第六條第一五條商法第五條ハ其支拂ヲ停止シタルカ爲メニ破産者ト爲ラス(該無能力者ハ不當利得ノ原則ニ基ケル民法上ノ責任ヲ負フノミ)無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムルカ爲メニ詐術ヲ用ヒタル場合亦然リ(民法第二〇條)蓋シ此場合ニ於テハ無能力者カ行爲ノ取消ヲ爲スコトヲ得サルニ止マリ之カ爲メニ商人ト爲ルモノニアラサレハナリ職務忘却職務濫用等ノ理由ニ依リ商業ヲ禁制セラレタル者即チ官吏明治八年四月達第一號代理商法第三八條ハ其禁制ニ反シテ商業ヲ營ミタルトキハ破産者ト爲ル蓋シ此等ノ者ハ商人タルノ能力ナキモノニアラサレハナリ

(b) 支拂停止トハ商事債務ヲ支拂期日ニ支拂フコト能ハサルカ爲メニ支拂ヲ

爲ササル外形ノ事實ナリ證明ノ容易ナル外形ノ事實ニシテ資産ノ實在的狀態ニアラス支拂ヲ爲ササル表面ノ事實アルヲ以テ足レリトシ支拂實力ノ有無ヲ必要トセス蓋シ外形ノ事實ハ容易ニ之ヲ認識スルコトヲ得レトモ實力ノ有無ニ關スル實在的狀態ハ長年月ヲ費シ精密ナル検査及ヒ清算ヲ爲シタル後ニアラスハ之ヲ認識スルコトヲ得ス隨テ若シ後者ヲ必要ト爲サハ破産ノ目的ヲ達スルノ機ヲ失フヲ以テナリ(確定期日ニ支拂ヲ爲ササルコトハ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ依リテ支拂ハサルコト同一ノ害毒ヲ商事ニ流スヤ當然タリ隨テ無實力ノ爲メニ支拂ヲ爲ササルコト即チ Cessation ト有實力ナルモ支拂金ノ缺乏ノ爲メニ支拂ヲ爲ササルコト即チ Suspension トノ區別ハ之ヲ廢止セサルヘカラス故ニ其結果トシテ第一ニ無實力者カ必ス破産者ト爲ルト謂フヘカラス自己ノ信用力ト伎倆トニ依リテ商業ヲ營ミ支拂停止ヲ爲ササルコトアリ商業ノ秘訣ハ多ク茲ニ存ス借金又ハ手形ノ續發等ヲ以テ商業ヲ繼續スル場合ト雖モ支拂ノ停止ナキ以上ハ破産者ト認ムルニ足ラス第二ニ有實力者カ必ス破産者ト爲ルコトナシト謂フヘカラス出納ノ調和其宜キヲ得サルカ爲メニ支拂實



金ノ缺乏ヲ來シ支拂期日ニ支拂ヲ爲スヲ得サルコトアルヲ以テナリ支拂ヲ爲ササルハ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲メタルコトヲ要ス債務者カ請求ノ數額若クハ支拂ノ方法ニ關シ爭アルカ爲メニ支拂ヲ拒絕シタルカ如キハ其當否ニ拘ラス相手方ノ要求ニ對スル正當防禦ニシテ相手方ハ民事訴訟法ノ規定ニ則リ支拂ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ故ラニ破産手續ニ依ルノ必要ナシ支拂ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ破産手續ノ開始ヲ必要ト爲ス信用ノ動搖ナルモノナシ然レトモ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲メニ支拂ヲ淹滞セシムルノ目的ヲ以テ爲シタル支拂ノ拒絕ノ如キハ支拂ノ停止タリ債務ノ全額若クハ總債務ノ支拂ヲ爲スコト能ハサル場合ハ勿論一部ノ支拂若クハ債權者一人ニ對スル支拂ヲ爲スコト能ハサル場合ハ亦支拂ノ停止ト爲ル蓋シ信用ヲ重スルハ兩者ノ場合ニ於テ同一ナルノミナラス若シ然ラスンハ債務者カ隨意ニ好意ヲ表スルカ若クハ督促ノ嚴酷ナル債權者ノ一人ニ對シテ支拂ヲ爲シ若クハ各債權者ニ一部宛ノ支拂ヲ爲シ破産財團ニ屬スヘキ財産ノ管理ヲ繼續シ財團ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テナリ是レ法律力單ニ支拂ヲ停止シト云フ所以ナリ(商法施行法第

一三八條)支拂ヲ爲ササル債務ハ支拂期ニ達シ且ツ商行爲ニ基クモノタルコトヲ要ス期限附債務條件附債務ハ其期限ノ到來若クハ條件ノ成就前ニ支拂ヲ爲スノ義務ナキヲ以テ又自然義務ノ如キハ之カ支拂ヲ爲スヘキ義務ナキヲ以テ支拂ノ停止ニ關スル問題ヲ惹起スモノニアラス破産ハ商事の生活關係ニ關スル一事項ナリ故ニ商行爲ニ基カサル債務ノ不支拂ヲ以テ破産宣告ノ原因ト爲スハ誤レリ(民事の債務ノ不支拂モ亦商事の債務ト同シク信用ヲ害ス又商事の債務ニ限定スルハ條文ニ私ニ明文ヲ插入スルモノナリトノ論旨ニ基キ商人カ民事債務ニ付キ支拂ヲ爲ササルトキハ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ルトノ學說アリ)債務カ商行爲ニ基キタルモノナリヤ否ヤハ債務者其者ヨリ觀察シ支拂ヲ爲ササル時期ヲ標準トシテ之ヲ定ム債務者ニ對シテ商事の債務タル以上ハ縱令債權者ニ對シテハ民事の債務關係タルモ敢テ關係スル所ニアラス蓋シ債務者カ其之ニ對シテハ民事の債務ニ外ナラサルモノノ支拂ヲ爲ササルコトハ商事の債務ノ支拂不爲ト認ムルコトヲ得サレハナリ民事の債務カ更改ニ依リ商事の債務ニ變更シタル場合ニ於テ債務者カ其支拂ヲ爲ササルトキハ之ニ對シテ破

産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得蓋シ不支拂ノ債務カ商事の債務ナルコトヲ必要ト爲ス當然ノ結果トシテ支拂ヲ爲ササル時期ニ於テ商事の債務タルコトヲ要スルヤ言フ埃タサレハナリ如何ナル事實カ支拂停止ニシテ又如何ナル現象カ之ヲ證スルニ足ル材料タルヤハ事實問題ニシテ裁判官カ實際ノ情況ニ著眼シテ判斷スル所ナリ手形ノ支拂拒絶抵當ノ設定財産ノ差押ヲ受ケタル事實閉店失踪等ノ如キ外部ニ發表セラレタル現象ハ多クハ支拂停止ノ事實ヲ證明スルモノナリ法人ノ財産ニ關シテハ唯リ支拂ノ停止ノミナラス債務ノ超過ハ破産宣告ノ原因ト爲ル是レ法人ノ無資力即チ債務ノ超過ハ自然人ノ無資力ニ比シテ債權者ニ對シ大ニ危險アルカ爲メナリ(民法第七〇條、第八一條、商法第一七四條第二項、第二三六條)相續財産ニ對スル破産手續ノ開始原因トシテハ獨逸破産法ニ於ケルカ如ク債務ノ超過ニ限定スルコトヲ正當ト信ス獨逸破産法第二一五條第二三六條何トナレハ相續財産ニ於テ其相續債權ニ對シ單ニ支拂ヲ停止シタルコトハ相續債權者ニ危險ヲ及ホスコトナケレハナリ

## (B) 假定ノ要件

一般破産主義ヲ認メタル破産法ニ比シテ最モ發達シタルモ

ノハ獨逸破産法ニ若クハオランダニ我民法ノ假定ノ要件トシテ獨逸破産法ニ於テ認メタル破産手續開始ノ原因ヲ略述スヘシ獨逸破産法第百二條舊破産法第九四條ハ破産手續ノ開始ハ債務者ノ支拂不能ヲ前提要件トス支拂ノ停止アリタルトキハ支拂不能ナリト推定スト規定シテ破産手續開始ノ原因カ支拂不能ナルコトヲ明示シタリ支拂不能トハ債務者カ支拂資力ノ欠缺ニ因リ支拂ヘキ債務ヲ支拂フコト能ハサルノ狀態ナリ

支拂資力ノ欠缺即チ永續的且ツ確定的支拂資力ノ消盡ニアラスシテ一時的且ツ不確定的支拂資力ノ消盡ニ因リ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態ハ支拂ノ中止ニシテ支拂ノ不能ニアラス支拂ノ中止ハ此ノ如ク支拂ヲ爲スコト能ハサル一時的ノ狀態ナルヲ以テ之ヲ爲シタル者ハ容易ニ支拂資力ヲ回復スルコトヲ得隨テ單ニ支拂ノ猶豫ヲ申込ミタル事實遺忘ニ基キテ支拂ヲ爲ササリシ事實等ハ容易ニ支拂資力ノ回復ヲ爲サシメタルモノニアラサルヲ以テ支拂ノ中止ニ屬シ支拂不能ニ屬セス支拂ノ中止ハ此ノ如ク容易ニ支拂資力ノ回復ヲ許サル狀態ニアラサルヲ以テ破産手續開始ノ原因タルモノニアラス

債務ヲ支拂フコト能ハサルノ状態ニアラスシテ債務額カ財産額ヲ超越スルノ状態ハ無資力ニシテ支拂不能ニアラス無資力者ト雖モ信用ノ結果トシテ債權者ヨリ支拂ヲ請求セラレサルコトアルノミナラス盛大ナル事業ヲ企ツル者ハ多クハ借方ノミニ依頼シテ著手スルヲ通常トス斯ル場合ニ於テ無資力ヲ破産手續開始ノ原因トセハ破産制度カ大事業ノ完盛ヲ妨害スル無用有害ノ具ト爲ルヘシ又財産額カ其評價額ニ從ヘハ債務額ヲ超過スルモ非常ナル勢力ト時間トヲ費スニアラスンハ金錢ニ換フルコトヲ得サルカ如キ場合ニ於テハ支拂資力ノ欠缺ト爲ル隨テ無資力ハ破産宣告ノ原因ト爲ルモノニアラス支拂フヘキ債務ヲ支拂フコト能ハサル場合ニ於テ支拂ノ不能アリ故ニ罰金若クハ自然義務ノ不支拂ハ破産宣告ノ原因ト爲ラス支拂不能ハ金錢ニテ満足スルコトヲ得ヘキ請求權ヲ満足スルニ足ル金錢ノ缺乏ニ因リテ成立ス蓋シ破産手續ハ金錢的資力ノ欠缺ノ場合ニ行フ一般の強制執行ナレハナリ支拂不能ハ破産手續開始ノ原因タルヲ通常トス然レトモ例外トシテ相續財産ニ對スル破産手續ニ付テハ債務ノ超過ヲ開始ノ原因ト爲シ又株式會社有限責任會社其他法人ニ對ス

ル破産手續ニ付テハ支拂不能及ヒ債務ノ超過ヲ開始ノ原因ト爲シタリ(獨逸破産法第二〇七條、第二一三條、第二一五條、第二三六條等)

支拂停止トハ通常債務者カ爲シタル支拂不能ニ關スル表示タリ支拂不能ノ記號ナリ該表示ハ明示の又ハ默示の閉店失踪支拂ノ拒絕ニ發表セラル支拂停止ハ此ノ如ク獨立のニ破産手續開始ノ原因ニアラスシテ却テ通常支拂不能ヲ證明スル事實タリ故ニ裁判所ハ債務者カ其債務ヲ履行スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルニモ拘ラス支拂ヲ停止シタル場合ニ於テハ即チ爭アルカ爲メ若クハ惡意ニテ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テハ支拂不能ノ存在ヲ否認スルコトヲ得ヘシ又支拂停止ノ事實ナシト雖モ強制執行ノ結果トシテ債權者カ完済ヲ受クルコトヲ得サルノ事實這ハ裁判上ノ支拂不能ノ證明タリ而シテ裁判所ノ支拂不能ニ關スル證明ニアラサレハ支拂停止ト爲ラス或ハ危險ナル高利貸ニ依據シテ僅ニ支拂ヲ爲スコトヲ得ル事實ニ依リ支拂不能ノ存在ヲ是認スルコトヲ得蓋シ此等ノ事實ハ支拂不能ヲ證明スル方法ナレハナリ

## 第二款 破産宣告ノ前手續

裁判所ハ破産手續開始ノ申立ニ付キ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ破産宣告申立ノ適否及ヒ破産宣告ノ原因タル事實ノ存否ニ付キ必要ナル調査ヲ爲スヲ當然トス而シテ其調査ノ方法ハ裁判所カ情況ニ從ヒテ之ヲ定メ法律ハ唯口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ト云フニ止メタリ(商法施行法第一三八條第二項)獨逸破産法第七三條是レ破産カーノ強制執行ナルヲ以テ民事訴訟法第五百四十三條第三項ヲ適用シタル法意ニ外ナラス又裁判所ハ債務者ノ逃走及ヒ財産ノ隱匿等ヲ防止スルカ爲メニ必要ナル處分ヲ破産宣告ノ原因調査中ニ於テ施行スヘキ職權アルヲ立法上當然トス左ニ之ヲ略述スヘシ

(一) 破産宣告ノ申立ノ適否ノ調査 破産裁判所ハ先ツ破産宣告ノ申立カ訴訟法上適法ナルヤ否ヤヲ調査シ不適法ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ申立ヲ却下ス即チ(1)申立カ書面又ハ裁判所書記ノ調査ニ於テ表示セラレサルトキ(民事訴訟法第一三五條)(2)申立ヲ爲シタル者カ申立權ヲ有セサルトキ(3)申立者カ

當事者能力若クハ訴訟能力ヲ有セサルトキ(4)申立人カ申立權者ノ法定代理人若クハ訴訟代理人ニアラサルトキ(5)申立ヲ受理シタル裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキ(6)債務者カ我帝國ノ裁判權ニ服従スヘキ者ニアラサルトキ(7)既ニ破産手續カ開始セラレタルトキハ破産宣告ノ申立ヲ不適法トシテ却下ス

(二) 破産宣告ノ原因ノ調査 裁判所カ職權ヲ以テ破産宣告ヲ爲ス場合ハ破産宣告ノ原因カ顯著ナルヲ以テ事實上調査ノ爲メニ口頭辯論ヲ經ルコトナシ債務者カ破産宣告ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ其申立及ヒ之ニ添附シタル書類其他届出等ニ基キテ破産宣告ノ原因タル支拂停止ノ存否ヲ調査セサルヘカラス蓋シ裁判所ハ債務者カ其支拂ヲ停止シタル旨ノ心證ヲ有スルニアラスンハ破産宣告ヲ爲スコトヲ得サレハナリ隨テ債務者カ爲シタル破産宣告ヲ求ムル申立ハ自白ニシテ支拂停止ニ關スル最良ノ證據ナリトノ理由ニ基キ裁判所カ支拂停止ニ關スル調査ヲ爲スノ職權及ヒ職務ナシト論斷スヘカラス裁判所ハ其調査ノ結果トシテ債務者カ破産宣告ノ申立ヲ爲シタルコトハ支拂ヲ停止シタルカ爲メニアラスシテ却テ債權者ニ對スル奸策トシテ若ク

ハ民事訴訟法上ノ強制執行ヲ避クル手段トシテ爲シタルモノナルコトノ心證ヲ得タルトキハ該申立アルニ拘ラス之ヲ却下シテ破産宣告ヲ拒絶スル旨ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他裁判所ハ事情ニ從ヒ債務者ノ申立添附書面届出等(商法第九七九條)ニ基キテ債務者カ其支拂ヲ停止シタル旨ノ心證ヲ得サリシ場合ニ於テ債務者ヲ審訊シ又ハ口頭辯論ヲ開始シテ必要ナル證據調ヲ爲スコトヲ得(義務ニアラス隨テ斯ル調査ヲ爲スコトナクシテ申立ヲ却下スルコトヲ得)獨逸破産法ニ於テハ債務者カ破産手續開始ヲ求ムル申立ヲ爲スニ當リ之カ理由トシテ裁判所ヲシテ支拂停止ノ心證ヲ惹起スニ必要ナル財産的地位ヲ認識セシムル材料即チ通常ノ方法トシテ貸借對照表及ヒ財産目錄ヲ申立書ニ添付スルカ若クハ申立以後遲滞ナク提出スルノ義務ヲ負ヒタルヲ以テ裁判所ハ單ニ債務者ノ主張及ヒ隨意ニ提出シタル前示ノ材料ニ依リテ破産宣告ノ原因タル事實支拂不能ニ關スル心證ヲ得タルヤ否ヤニ從ヒテ破産手續開始決定ヲ爲シ或ハ其申立ヲ却下スヘキモノタリ進ミテ債務者ノ申立ノ當否ニ付キ帳簿ノ提出ヲ命シ或ハ證人ノ訊問ヲ命スルカ如キ調査ヲ爲スコトヲ得スト云ヘル學說

甚タ多シ然レトモ斯ル見解ハ「ワキルモースキー」「フエルマン」氏等ノ反對スル所ニシテ又我破産法ノ解釋トシテ採用スルコトヲ得ス蓋シ裁判所ハ情況ニ從ヒ支拂停止ノ存否ヲ認ムルカ爲メニ必要ナル證據調ヲ爲スノ權限ヲ有スルコトハ我破産法ノ意思ナレハナリ

債權者カ破産宣告ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ唯リ職權ヲ以テ支拂停止ノ有無ヲ調査スヘキ職責アルノミナラス債權者ノ有スル債權ノ存否ヲ調査セサルヘカラス何トナレハ債權者ニアラサル者カ債務者ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲スヘキ旨ヲ求ムル申立權ヲ有セサレハナリ獨逸破産法ニ於テハ債權者ノ爲シタル破産宣告ノ申立ハ債務者ノ取引上ノ名譽及ヒ財産上ノ信用ヲ損スルヲ以テ先ツ債權者ニ其有スル債權ノ存在及ヒ債務者ノ支拂不能ノ疏明ヲ爲サシメ(之ヲ爲ササルトキハ申立ヲ直チニ不適法トシテ却下ス債務者ノ申立ニ關シ事項ニ付キ債務者ヲ書面又ハ口頭ニ審訊セシム而シテ其結果債務者カ其支拂ヲ爲スコト能ハサル事由ヲ認メタルトキハ直チニ破産手續ノ開始ヲ命シ反



對ノ場合即チ該事由ヲ認メス若クハ債務者カ審訊ニ應シテ何等ノ供述ヲ爲サザリシトキハ裁判所カ當事者ヨリ提出シタル材料ニ基キテ破産宣告ノ原因タル事由ノ存否ニ付キ心證ヲ得ルコト能ハサル場合ニ限リ尙ホ他ノ必要ナル調査手續ヲ爲スコトヲ得但シ債務者ニ對シ審訊ノ爲メニ公示送達民事訴訟法第一五六條若クハ外國ニ於ケル送達民事訴訟法第一五三條ヲ爲スコトヲ要スルトキハ成ルヘク債務者ノ代理人若クハ其家族ヲ審訊スヘキ希望ヲ以テ債務者ノ審訊ヲ爲サス又裁判所ハ債務者カ破産宣告ノ原因タル事實ヲ明白シタルトキト雖モ自白カ裁判所ヲ羈束スルノ效力ナキヲ以テ苟モ支拂不能ニ關スル心證ヲ得サル以上ハ尙ホ他ノ必要ナル調査ヲ爲スコトヲ得ルモノノ如シ獨逸破産法第一二五條我破産法ニ於テハ斯ル明文ナシト雖モ裁判所カ職權ヲ以テ審訊及ヒ口頭辯論ニ依リテ債權及ヒ支拂停止ノ存否ニ付キ必要ナル調査ヲ爲スノ法意タルヤ明白ナリ(干渉主義ノ適用)

多數ノ債權者若クハ債務者及ヒ債權者ハ各自破産ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ之カ併合審理ヲ爲スコトヲ得民事訴訟法第一二〇條而シテ甲債權者カ

其破産宣告ヲ求ムル申立ヲ却下シタル決定ニ對シ抗告ヲ爲シタル場合ニ於テ乙債權者カ參加人トシテ該抗告ニ附帶スルコトヲ得レトモ甲債權者カ斯ル抗告ヲ爲ササル場合ニ於テ乙債權者ハ自ラ該決定ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得是レ第二審ニ於テ全然新ナル行動ヲ爲スコトヲ得タルノ法意ニ基ク當然ノ結果ナリ隨テ破産宣告ヲ求ムル申立却下ノ決定ニ對シテハ唯該裁判ヲ受ケタル當事者ノミカ抗告ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ第三債權者ハ之ヲ爲スコトヲ得スト謂フヘシ

(三) 債務者ニ對スル保全處分 獨逸破産法ハ破産裁判所ヲシテ適法ナル破産宣告ヲ求ムル申立アリタルトキハ債務者ニ破産宣告ノ申立ニ關シ必要ナル辯明ヲ強ヒ其他破産手續上義務ニ屬スルモノノ履行ヲ擔保シ又ハ破産財團ニ關スル急迫ナル損害ヲ避クルカ爲メ破産宣告ヲ求ムルノ申立ヨリ其之ニ關スル裁判ヲ爲ス間ニ於テ職權ヲ以テ債務者ノ身體及ヒ財產ニ對シ保全處分ヲ爲スコトヲ得セシメタリ債務者ノ身體ニ對スル保全處分トハ強制出頭引致及ヒ拘留ナリ(拘留ノ執行ハ民事訴訟法第九〇四條乃至第九一〇條第九一二條第九一三



債權者ノ財産ニ對スル保全處分トハ破産債權者ノ利益ヲ擔保スルカ爲メ債務者ノ財産ニ行フ一時的ノ命令ニシテ倉庫若クハ動産ノ封印金錢若クハ有價證券ノ供託債務者ニ對シテ爲ス支拂ノ禁止土地臺帳ニ於ケル處分禁止ノ登記殊ニ債務者ニ對スル一般の處分禁止ノ如キハ之ニ屬ス登記セラル債務者ノ所有ノ特定ノ不動產權ニ關スル特別ノ處分禁止登記シアル債務者所有ノ不動產權ニ影響ヲ及ホスヘキ及ヒ一般の處分禁止ハ之ヲ土地臺帳ニ登記シ且ツ破産裁判所カ斯ル不動產權ノ存スルコトヲ知レル以上ハ登記役所ニ囑託セサルヘカラス而シテ處分禁止ニ係ル目的物ノ處分ハ破産手續開始ノ場合ニ於テハ破産債權者團體ニ對シテ無効ナリ斯ル處分カ強制執行若クハ假差押假處分ニ基因スル場合ト雖モ亦同シ獨逸破産法第一〇六條第一一三條第一一五條獨逸民法第一三五條第一三六條第八九二條第九八三條同商法第三六六條等）債務者ノ身體及ヒ財産ニ對スル保全處分ハ破産裁判所カ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ何時ニテモ必要ノ原因ノ消滅ニ依リ不必要ト認メタル場合ニ取消スコトヲ得殊ニ破産宣告ヲ求ムル申立ノ却下又ハ有效ナル取下アリタルトキハ直

チニ斯ル處分ヲ取消スコトヲ要ス（獨逸破産法第一〇六條我破産法ニ於テハ唯破産宣告以後ニ於ケル保全處分ヲ認ムルニ止マリ其以前ニ於ケル保全處分ヲ認メサリシハ立法上ノ缺點ナリ（商法第一〇〇二條）然レトモ假差押ニ依リ破産宣告以前ニ於ケル保全處分ノ實行全ウスルコトハ解釋上許サルヘキ所ナルヲ以テ全然實際上ノ需要ニ背馳スルコトナカルヘシ

### 第三款 破産ノ宣告並ニ申立ノ却下及ヒ之ニ伴フ諸手續

(一) 破産ノ宣告並ニ申立ノ却下 破産裁判所ハ決定ノ形式ヲ以テ破産宣告ヲ求ムル申立ニ付キ破産手續開始ヲ命スル旨ノ裁判若クハ該申立ヲ却下スル旨ノ裁判ヲ爲ス決定ノ形式ニ依リ判決ノ形式ニ依ラサル理由ハ破産裁判所ノ裁判ハ義務の口頭辯論ニ基キテ爲スモノニアラサレハナリ決定ノ形式ヲ以テシ判決ノ形式ヲ以テセサルカ故ニ裁判ニ於テ民事訴訟法第二百三十六條ノ規定ニ則リ事實及ヒ理由等ヲ掲グルノ要ナシ然レトモ之カ爲メニ之ヲ掲グルコトヲ禁シタルモノト認ムヘカラス此等ノ事項ノ記載カ裁判ヲ爲シタル事由ヲ認

識セシムルニ必要ナル以上ハ之ヲ記載スルヲ當然トス殊ニ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判並ニ申立ヲ却下シタル裁判ニハ適當ナル裁判上ノ行動トシテ裁判ノ事由ヲ明記スルヲ可トス唯判決ト異ニシテ裁判ノ事實及ヒ理由ヲ掲ケサルモ不適法ト爲ラサルノミ但シ民事訴訟法第二百三十九條ハ決定ニモ亦準用スヘキモノナルヲ以テ民事訴訟法第二四五條第二項言渡ササル決定ハ之ヲ爲シタル判事カ原本ヲ作成シ且ツ署名捺印ヲ爲シ又民事訴訟法第三百三十條ノ準用ニ依リ言渡シタル決定ハ調書ニ之ヲ記載スルカ若クハ調書ニ附録トシテ添附スルカ爲メニ書面ニテ作成シ且ツ其旨ヲ表示スルコトヲ要ス而シテ裁判ノ基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ依リ言渡サレサルトキニ限リ該判事ノ署名及ヒ捺印ヲ要ス是レ言渡サレタル裁判カ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ依リテ爲サレタル旨ノ書面的證據トシテ缺クヘカラサルモノナレハナリ

破産裁判所ハ破産宣告ヲ求ムル申立ヲ訴訟上適法ト認メ且ツ破産手續開始ノ原因アリト認メタルトキハ破産ノ宣告即チ破産手續ヲ開始スル旨ノ命令ヲ發

ス該命令ハ法律上特定ノ内容ヲ包含セサルヘカラス債務者ニ關スル破産ノ手續カ開始セラレタル旨ノ表照及ヒ破産財團ヲ保全シ且ツ破産手續ヲ進行セシムルニ必要ナル諸命令即チ破産機關ノ選定保全處分ノ命令拂渡差押命令債權届出ノ催告債權調査會ノ期日債權者集會ノ期日及ヒ支拂停止ノ日時是ナリ第九八〇條第一〇〇二條獨逸破産法第一〇八條第一一條佛蘭西商法第四四一條第四五一條第四五五條第四六二條英吉利破産法第二一條等而シテ支拂停止ノ日時ハ後日ノ決定ニ留存スルコトヲ得第九八〇條第一項佛蘭西商法第四四一條白耳義商法第四四一條是レ蓋シ支拂停止ノ日時ハ所謂嫌疑時代ノ標目ト爲リ債務者ノ行爲ハ債權者ノ利害ニ重大ナル關係ヲ來スヲ以テ輕忽ニ之ヲ速斷セシテ破産宣告ノ當時未タ支拂停止ノ日時ヲ認定スルノ材料十分ナラサル場合ニ主任官ノ報告ヲ聽キ職權ヲ以テ又ハ利害關係人殊ニ帳簿其他ノ書類檢閱ニ依リ事情ヲ詳悉シタル管財人ノ申立ニ基キ決定ヲ以テ慎重ニ之ヲ認定スルコトヲ得セシムルノ法意ナリ佛蘭西商法ニ於テハ支拂停止ノ日時ヲ認定スル裁判所ノ職權ニ關シ期間上ノ制限ヲ設ケサリシヲ以テ破産ノ宣告ヨリ非常

ニ遡リタル日時ヲ支拂停止ノ日時ト定メ其間ニ於ケル大多數ノ取引ヲ無効トシ又ハ取消スコトヲ得ヘキモノト爲スノ結果大ニ取引ノ安全ヲ害スルニ至ル是ヲ以テ白耳義商法第四四二條第三項伊太利商法第七〇四條第三項等ハ破産宣告ノ時期ヨリ遡リテ一定ノ期間前ニ支拂停止ノ日時ヲ認定セシメサルノ制限ヲ設ケタリ又佛蘭西商法第四四一條白耳義商法第四四二條第四項等ハ破産ノ宣告ニ於テ若クハ後日ノ裁判ヲ以テ支拂停止ノ日時ヲ定メサルトキハ法律上ノ擬制トシテ事實上破産宣告ト支拂停止ト其日時ヲ異ニスルモ前者ノ日時ヲ以テ後者ノ日時ト看做シタリ但シ死亡シタル債務者ニ對スル破産宣告ニ於テ斯ル法則ヲ認ムルトキハ縱令法律上ノ擬制ナリト雖モ破産ノ宣告前ニ既ニ死亡シタル者ヲ破産宣告ノ日時ニ於テ支拂ヲ停止シタリト云フハ失當ナルヲ以テ白耳義商法第四四二條ノ如キハ死亡ノ日時ヲ支拂停止ノ日時ト爲シ佛蘭西商法ニ於テハ法文ナキモ學說上同一ノ論結ヲ認メタリ我破産法ニ於テハ支拂停止ノ認定ニ關スル期間上ノ制限ヲ設ケス又支拂停止ノ日時ニ於ケル法律上ノ擬制ヲ設ケサルハ立法上ノ缺點ナリ蓋シ前者ハ取引ノ安寧ヲ保ツカ爲メニ

必要ニシテ又後者ハ事實上確定スルコトヲ得サル場合アルヘキ支拂停止ノ日時ノ確定ヲ破産裁判所ニ強ユルニ至ルヲ以テナリ獨逸破産法ハ佛蘭西法系諸國ノ破産法カ支拂停止ノ日時ニ重キヲ置キ之ヲ破産ノ宣告ニ記載セシムルト同シク破産手續開始決定ヲ爲シタル日時ニ重キヲ置キ之ヲ該決定ニ記載セシメタリ蓋シ同法ハ破産手續開始決定ニ重要ナル種種ノ效力ヲ結付ケタルヲ以テナリ而シテ該日時ノ記載ヲ缺クトキハ決定ヲ爲シタル日ノ正午ヲ以テ破産手續開始ノ時ト看做シタリ獨逸破産法第一〇八條

破産裁判所ハ破産宣告ノ申立ヲ訴訟上不適當ト認メ又ハ破産宣告ノ原因ヲ缺クヲ以テ理由ナシト認メタルトキハ決定ノ形式ヲ以テ該申立ヲ却下ス我破産法ハ此點ニ關シ何等ノ明文ナシト雖モ之カ爲メニ申立却下ノ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノト論結スヘカラス不適法又ハ理由ナシトノ必證ヲ得タル場合ニ於テ申立ヲ却下スルハ裁判所ノ當然ノ職務ナリ法律ニ明文ナキハ明白ナル事項ナルカ爲メナリ事ロ明文ヲ設ケルハ不必要ナルカ爲メナリ故ニ佛蘭西ニ於テハ明文ナシト雖モ申立却下ノ裁判ヲ爲スコトニ關シテハ學說上疑ナク獨逸

ニ於テハ嘗テ破産法案第百八條第一項ニ裁判所カ申立ノ原因ナリト思惟シタルトキハ申立ヲ却下スヘキ旨ノ明文ヲ設ケタルモ其後這ハ當然ニシテ之カ爲メニ明文ヲ置クハ不必要トシテ削除セラレタルニ依ルモ尙ホ明確ナリ而シテ申立却下ノ裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ民事訴訟法第七十二條ノ準用ニ依リ手續費用ヲ申立人カ負擔スルヤ當然ナリ之ニ反シ破産宣告ヲ爲シタル場合ニ於テハ開始手續費用ノ一部トシテ財團費用ニ屬シ未ダ申立人ヨリ支拂ハサルモノニ限リ破産手續費用ノ一部トシテ財團費用ニ屬シ申立人カ適當ニ立替ヘタル裁判上及ヒ裁判外ノ費用ノ賠償ハ不當利得ヲ許ササルノ法則ニ基キテ破産財團上ノ債務トシテ申立人カ請求スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス(第一〇三二條說明參照)

(二) 破産宣告並ニ申立ノ却下ニ伴フ諸手續 破産手續開始決定ハ特定ハ當事者ニ對シテハ口頭辯論ヲ經ルト否トニ從ヒ之ヲ言。渡シ又ハ之ヲ送達ス(民事訴訟法第二四五條第二三三條第二三四條準用商法施行條例第二〇條第二四條、商法施行法第一四七條該決定ハ言渡又ハ送達ニ因リ外部ニ對シ成立ノ效力ヲ生

シ爾後裁判官ハ之ヲ變更スルコトヲ得ス獨逸破産法ニ於テハ送達ハ職權ヲ以テ之ヲ爲ス(新破産法第七三條第二項舊破産法第六六條第二項)ノ明文アルヨリシテ又獨逸新破産法第七十三條第一項舊破産法第六六條第一項ニ規定シタル口頭辯論ハ民事訴訟法ニ所謂口頭辯論ニアラストノ理由ヲ以テ破産手續開始決定ハ縱令口頭辯論ニ基クモノト雖モ之ヲ言渡スコトヲ要セス又縱令之ヲ言渡シタリト雖モ職權ヲ以テ之ヲ利害關係人ニ送達セサルヘカラス而シテ該送達ハ利害關係人ニ對スル裁判上ノ通知ナリト論スル學說多數ヲ占ム(ゾキフェルド氏ハ我民事訴訟法第二百四十五條ニ該當スル獨逸新民事訴訟法第三百二十九條同舊民事訴訟法第二百九十四條ノ準用ニ依リ口頭辯論ニ基ク破産手續開始決定ハ之ヲ言渡スヘキモノト曰ヘリ)隨テ裁判ハ其送達若クハ言渡ニ依リ外部ニ對シテ成立ストノ原則ヲ適用シ破産手續開始決定ニ於テ否認シ該決定ハ裁判官ノ署名ニ因リテ完成ス(ゾキフェルド氏ハ口頭辯論ニ基ク開始決定ハ言渡ニ因リテ完成スト曰ヘリ)而シテ決定ノ完成ハ決定ノ變更取消ヲ許サスト同一ノ意義ヲ有スルモノニアラス裁判官ハ其完成シタル決定ト雖モ裁判所内ニ

在ル間ハ之ヲ撤回シ若クハ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシトノ學說多シ開始決定ニ記載スヘキ開始ノ日時ハ即チ此完成ノ日附ナリ不定多數ノ當事者ニ對シテハ破産手續開始決定ヲ公告スレ該決定ハ債務者ノ財産ニ關スル處分能力ニ重大ナル制限ヲ來スヲ以テ第三者ニ之ヲ警戒スルカ爲メニ又總テノ債權者ニ對シ重大ナル關係ヲ來スヲ以テ之ヲ告知スルカ爲メニ其他破産手續ハ多數ノ利害關係者ニ行フ一ノ強制執行ナルヲ以テ公告ノ方法ニ因リ開始決定ノ存在ヲ告知セシムルカ爲メナリ而シテ公告ノ責任者公告書類正本ナルヤ否ヤ公告期間等ニ關シテハ法律上何等ノ明文ナシト雖モ(第九百八十一條ハ單ニ公告ノ方法ヲ規定シタルノミ)公告ハ裁判所ノ職權ニ屬シテ裁判所書記カ之ヲ取扱ヒ公告ノ材料及ヒ其期間等ハ法律カ之ヲ公告ノ精神ニ適スヘキ裁判所ノ判斷ニ委シタルモノト信ス(民事訴訟法第一五七條準用、獨逸破産法第七六條第一一條、英吉利破産法第二〇條、白耳義商法第四七二條和蘭商法第七九三條佛蘭西商法第四四二條其他裁判所ハ所在ノ知レタル債權者及ヒ破産者ノ債務者ニ對シテハ特ニ公告ノ外ニ送達ヲ爲スヲ適當トス(第一〇〇六條第一項第一〇二三條

第三項獨逸破産法第一一條第三項公告ノ欠缺ハ破産手續開始決定ノ效力ニ影響スル所ナシ唯之ヲ缺キタルカ爲メニ破産者ト取引ヲ爲シ損害ヲ受ケタル者カ公告ノ責任者ニ對シ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルノミ(リオンカン氏ハ後日支拂停止ノ日時ヲ定メタル決定ノ公告責任者ハ管財人ナリト主張シ以テ管財人カ之ヲ公告セサルトキハ賠償責任ヲ負フト論結シタレトモ這ハ我商法ノ解釋トシテ採用スヘキモノニアラス支拂停止ノ日時ヲ定メタル決定ハ破産手續開始決定ノ一部分ナルヲ以テ裁判所書記カ公告ノ責任者タルコト疑ナシ破産手續開始決定ハ之ヲ裁判所書記カ即時ニ檢事ニ送致セサルヘカラス其送致スヘキ書類ハ決定ノ正本、原本若クハ抄本タリ是レ檢事ヲシテ破産ニ際シ刑事上ノ行爲アルヤ否ヤヲ搜查スルノ職分ヲ實行セシメンカ爲メナリ(第九八〇條末項、第九八四條佛蘭西商法第四五九條)

破産手續開始決定ニ對シテハ唯破産者ノミカ即時、抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條獨逸破産法第一〇九條我破産法ハ獨逸破産法ト同シク決定ヲ以テ破産宣告ノ形式ト爲シタルヲ以テ又破産關係ハ之ヲ急速ニ確定スルノ必



要アルヲ以テ即時抗告ヲ不服申立方法ト定メタルナリ(商法施行條例第二四條第二五條、商法施行法第一四七條、民事訴訟法第四六二條、第四六六條即時抗告期間ハ送達ヲ受ケタル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算ス)商法施行條例第二四條、商法施行法第一四七條、民事訴訟法第四六六條第二項)是レ不服申立權者ハ此時期ヨリシテ適當ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得レハナリ獨逸破産法第七六條ハ破産手續開始決定ノ公告即チ該決定ニ關スル記事ヲ掲ケタル新聞紙ノ第一回ノ刊行後二日ノ經過ヨリ即時抗告期間ノ進行ヲ始ムルモノト規定シタリ是レ獨逸破産法カ該決定ノ言渡ヲ要件トセス又公告ヲ以テ總利害關係人ニ對スル送達ト看做シタル特別ノ注意ニ基ケテ破産手續開始決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スノ權ヲ有スル者ハ唯破産者ノミ我破産法ハ此點ニ關シ明文ヲ缺クト雖モ商法施行條例第二十四條ニ於テ即時抗告ノ期間ハ送達ヲ受ケタル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算シ且ツ裁判ノ送達及ヒ言渡ヲ受クル者ハ通常當事者タル(民事訴訟法第二四五條第二三五條第一三八條法理ヨリ推究スレハ破産當事者カ不服申立權者トシテ即時抗

告ヲ爲スコトヲ得ルヤ疑ヲ容レス而シテ破産ノ宣告ハ債權者總員ノ利益ノ爲メニシタルモノナルヲ以テ當事者タル債權者即チ破産宣告ヲ求ムル申立ヲ爲シタル者ハ其申立ニ基キテ爲シタル破産宣告ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ナルヤ言フ埃タス故ニ唯破産當事者タル破産者ノミカ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルノミト論結スルヲ當然トス獨逸破産法(第一〇九條ハ破産手續開始決定カ債權者ノ申立ニ因ルト債權者ノ申立ニ因ルトニ拘ラス債權者總員ノ利益ノ爲メニ爲シタルモノナルヲ以テ一債權者カ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルト云フカ如キ特別固有ノ利益ノ爲メニ該決定ヲ即時抗告ノ目的ト爲スコトヲ得ストノ理由ニテ即時抗告權ヲ破産者ニ限定シタルニ似タリ債權者ハ其申立ニ因リテ下サレタル破産ノ宣告ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ學說ニ派ニ岐レタリフツナングニザルワイ氏等ハ斯ル決定ハ債權者其人ノ意思ニ適シタルモノナレハ不服ヲ申立ツヘキ餘地ナレ故ニ債務者カ即時抗告ヲ以テ攻撃スヘキ決定ハ債權者ノ申立ニ因リテ爲シタル破産手續開始決定タルコトヲ前提要件トストノ理由ヲ以テ消極的ニ論結シ「コーレル」ゾキフエルド氏ハ債



務者ハ斯ル決定ヲ下サレタル後ト雖モ熟慮ノ末裁判所ノ認定カ不法ナリト信  
シタル場合ニハ抗告ヲ以テ錯誤ヲ正シ新事實及ヒ新證據方法ヲ提出スルコト  
ヲ得サルノ理ナク又破産裁判所カ債務者ノ申立ノ取下ヲ看過シ裁判スルコト  
アルヲ以テ債務者ニ不服申立ヲ許ササルノ理ナシト主張シ積極的ニ論結シタ  
リ我破産法ノ解釋トシテハ後説ヲ正當ト認ム

抗告裁判所ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ即時抗告ノ當否ヲ裁判ス(商法施行條  
例第二五條商法施行法第一四七條)而シテ抗告事件調査ノ結果トシテ即時抗告  
ヲ理由アリト認メ前審ニ於テ爲シタル破産宣告ノ決定ヲ廢棄シ破産宣告ノ申  
立ヲ却下ストノ裁判ヲ爲シタルトキハ口頭辯論ニ基キタルト否トニ從ヒ之ヲ  
言渡シ又ハ之ヲ送達スルノ外(民事訴訟法第二四五條)獨逸破産法第一一六條第  
一項英吉利破産法第三五條參照ニ於テ明言シタルカ如ク其確定後即チ再抗告ノ  
期間ヲ徒過シタルカ若クハ再抗告棄却ノ裁判アリタル場合ニ於テ之ヲ公告シ  
總利害關係人ニ知ラシムルヲ必要トス何トナレハ斯ル裁判ノ確定ニ因リ破産  
の差押權ヲ不成立ト爲スヲ以テ債務者ノ爲メニハ財産ノ管理處分權ヲ喪失セ

タル旨ヲ公示シ名譽ヲ回復シ取引ノ安全ヲ確保シ債權者ノ爲メニハ破産の效果  
ナキヲ以テ各別的ニ行動スルコトヲ妨ケラレサル旨ヲ公示シ第三者ニハ行爲ノ取  
消若クハ其效力ナキ旨ヲ公示スルコトヲ必要ト爲セハナリ而シテ此公告手續  
ハ抗告裁判所書記又ハ民事訴訟法第四百六十四條ノ場合ニ於テハ前審裁判所  
書記カ之ヲ爲スモノタリ破産ノ宣告ト同時ニ爲シタル保全處分ヲ取消スヘキ  
ハ當然ナリ管財人ハ破産手續開始決定ヲ取消ス裁判ノ確定ニ至ルマテハ破産  
財團ヲ以テ破産財團上ノ請求權ニ付キ辨濟ヲ爲シ又係争破産財團上ノ請求權  
ノ爲メニ擔保ヲ供スルコトヲ得何トナレハ破産債權者團體ハ斯ル時期マテ有  
效ニ成立スルヲ以テ該團體ノ義務カ尙ホ成立スト謂ハサルヲ得サレハナリ佛  
蘭西商法及ヒ我破産法カ破産ノ宣告ヲ取消シタル決定ヲ公告スヘキ旨ノ明文  
ヲ缺クハ立法上失當ナリ

破産宣告ノ申立却下ノ決定亦破産宣告ノ決定ト同一理由ニ基キ口頭辯論ニ基  
キタル場合ニ於テ之ヲ言渡シ反對ノ場合ニ於テ申立ヲ爲シタル債務者又ハ債  
權者ニ送達ス(商法施行條例第二〇條第二四條)商法施行法第一四七條民事訴訟

法第二四五條準用決定カ當事者雙方ノ利害ニ關係スルトキハ之ヲ當事者雙方ニ送達スルハ當然ナレトモ申立ノ却下決定ノ如キ唯申立者ノ利害ニ關係スルモノハ之ヲ申立者ニ送達スルノミ獨逸破産法ニ於テハ債務者ヲ審訊シタルトキハ之ニ申立却下ノ決定ヲ送達スルコトヲ要ストノ學說多數ヲ占ム(ゾキフエルド氏ハ反對ニ論結シタリ)是レ債務者カ説明ヲ要求スルコトヲ得ル權能範圍ノ安全ヲ保ツカ爲メナリ我破産法ニ於テモ亦然ラン破産宣告ノ申立ヲ爲シタル債務者若クハ債權者ハ其申立却下ノ決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條第二項獨逸破産法第一〇九條民事訴訟法第五八條其期間ハ七日ニシテ送達ヲ受ケタル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算スルコト前述ノ如シ(商法施行條例第二四條第二五條商法施行法第一四七條抗告裁判所カ抗告ヲ適法ニシテ且ツ理由アリト認メタルトキハ前審ノ裁判ヲ廢棄シテ自ラ破産手續開始ノ裁判ヲ爲スコトヲ得或ハ不服ヲ申立テラレタル裁判所ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得民事訴訟法第四六四條債務者ハ斯ル抗告裁判所ノ裁判ニ對シ再抗告ヲ爲スコトヲ得

## 第二節 破産債權及ヒ破産財團ノ確定手續

破産手續ハ各破産債權者ヲシテ破産財團上ニ平等的満足ヲ得セシムルコトヲ目的トスルカ故ニ破産債權及ヒ破産財團ヲ確定セサルヘカラス是ヲ以テ我破産法ハ配當ノ用ニ供スル破産財團ノ確定手續トシテ管財人ヲシテ破産手續ノ開始後破産財團ノ占有管理及ヒ換價ヲ爲サシメ又破産債權ノ確定手續トシテ各破産債權者ニ其債權ノ届出ヲ爲サシメ債權調査會ニ於テ之ヲ調査セシメタル破産財團ノ占有管理及ヒ換價ハ曩ニ説明シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略シ破産債權ノ調査ヲ略述スルニ止ムヘシ

破産財團ニ屬スル債務者ノ財産ハ其之ニ對スル破産ノ宣告ニ因リ破産手續ニ加入スルコトヲ得ヘキ債權者ノ爲メニ差押ヘラレ換價セラレ且ツ破産法ニ從ヒテ配當セラル而シテ破産手續開始ノ當時ニ於テハ未タ破産手續ニ加入スルコトヲ得又ハ之ヲ欲スル債權者カ確定セサルヲ以テ破産手續ノ進行中ニ於テ之ヲ確定セサルヘカラス貸借表ハ破産債權ヲ表明スト雖モ唯之ノミニ因リ各破

破産債権カ正當ニ成立シタルモノト認ムルコトヲ得ス(破産者ノ財産ニ關シテ亦然リ)蓋シ破産者ノ作成シタル貸借表若クハ管財人ノ作成シタル貸借表ノ材料(殊ニ商業帳簿)ニハ錯誤若クハ故意ニ因リ既ニ消滅シタル債權虚偽ノ債權過額ノ債權其他取消スコトヲ得ヘク解除スルコトヲ得ヘク又ハ無効タルヘキ法律關係ニ基ク權利ヲ記載スルコトアレハナリ

破産手続開始決定ハ前述シタルカ如ク其當時未確定ナル債權者一般ノ爲メニ破産財團ヲ保全スル執行名義ニ外ナラサルヲ以テ破産債權者カ破産財團ニ付キ平等的満足ヲ享有セント欲セハ先ツ其債權ヲ確定シテ破産財團ノ配當ニ加ハルヘキ特別ノ執行名義ヲ有セサルヘカラス不當ナル破産債權ヲ破産手続ニ主張スルコトヲ得セシメ不當ナル債權者ニ破産債權者タル行動ヲ認容スルハ法律ノ許ス所ニアラス債務者ノ有スル財産ト負ヒタル債務トヲ正確ニ認識スルニアラスハ適當ニ破産手続ヲ進行スルコトヲ得ス故ニ管財人ハ財産目録ヲ調査シテ債務者ノ財産ヲ正確ニ認識セシメ又債權調査會ヲ以テ債務者ノ債務ヲ正當ニ認識シシムルコトヲ要ス是ヲ以テ破産手続ノ開始及ヒ其終局ノ中

間ニ於テ破産財團及ヒ破産債權ノ確定ニ關スル手續アリ

債權者ハ其債權確定ノ爲メニ之ヲ届出ツヘキコトヲ催告セラル届出ヲ爲ササル債權ハ破産手續ニ於テ尊重セラル所ト爲ラス届出ヲ爲シタル債權ハ債權調査會ニ於テ管財人及ヒ他ノ債權者カ調査シ異議ナキ場合ニ確定シ異議アリタル債權ハ之ニ反シ異議ヲ排斥シタル債權者ニ利益ナル裁判ニ因リテ確定ス順位ノ確定ニ關シテ亦然リ届出ヲ爲シタル優先債權カ優先債權ヲ以テ及ヒ他債權者ヨリ承認セラレタルトキハ届出ヲ爲シタル債權カ優先債權者ニ利擔保セラレタルモノト爲リ反對ノ場合ニ於テハ異議ヲ排斥シタル債權者ニ利益ナル裁判ニ因リテ優先債權ヲ以テ擔保セラレタルモノト爲ル此債權及ヒ順位ノ確定ニ關スル裁判ハ何レモ通常民事訴訟手續ニ依リテ之ヲ爲ス而シテ舊思想ノ破産法ハ債權ノ確定及ヒ順位ノ確定ヲ別離シテ辯論セシメタリト雖モ新思想ノ破産法ハ此兩者ヲ併合シテ辯論セシムルコトヲ欲シタリ是レ費用勞力時間ヲ省略スルノ法意ニ外ナラス

以上ノ觀念ニ從ヘハ破産債權確定手續ハ之ヲ届出手續調査手續其他異議ノ排

斥及ヒ其認可手續狹義ノ確定手續ノ三者ト爲スコトヲ得而シテ破産手續ヲ以テ民事訴訟ノ一種ト認メサル學者ハ狹義ノ確定手續ニ民事訴訟ノ手續ヲ認メ届出手續及ヒ調査手續ニ之ヲ認メナリシ(破産裁判所ノ行政的行動ト認メタリ然レトモ届出及ヒ調査手續ナクシテ獨リ係争債權及ヒ順位ノ裁判手續ノ存シ能フ所ニアラサルヲ以テ彼此性質ヲ異ニスト云フハ正當ノ見解ニアラス破産債權ノ確定手續ハ其全體ニ於テ民事訴訟ノ性質ヲ有スルモノナリ左ニ届出手續調査及ヒ承認手續並ニ狹義ノ確定手續ヲ略述スヘシ

### 第一款 届出手續

届出手續ハ債權ノ届出及ヒ債權表ノ調製ノ二者ヨリ成ル管財人及ヒ各破産債權者カ破産債權ヲ調査スルニ當リテハ互ニ之ヲ知ラサルヘカラス届出手續ハ此立法上ノ目的ヲ達スルカ爲メニ規定セラレタルモノナリ

(一) 債權ノ届出 各債權者ハ破産宣告ノ公告ニ因リ債務者ニ對スル破産手續開始ノ存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキカ故ニ法律ハ該公告ニ因リ總破産債權者

カ破産宣告ノ決定中ニ定メラレタル期間内ニ於テ主任官ニ債權ノ届出ヲ爲スヘキ催告ヲ受ケタルモノト規定シタリ第九八〇條第五號獨逸破産法第一一〇條第一一條

債權ハ届出ハ其訴ニアラスシテ却テ破産手續ニ加入スルコトヲ欲スル意思表示タリ此意思ハ破産主任官ニ對シテ之ヲ表示ス是レ主任官ハ破産手續ノ指揮及ヒ監督者タルノミナラス届出ト共ニ重要ナル書類ヲ交付スルコトアルカ爲メニ届出人ノ安全ヲ確保スルノ法意ナリ佛蘭西商法ハ裁判所書記若クハ管財人ニ又獨逸破産法ハ破産裁判所ニ對シ届出ヲ爲ス旨ヲ規定シタリ第一〇二三條第一項上段佛蘭西商法第四九一條第六〇三條獨逸破産法第一三九條

届出ノ方法ハ各破産債權者カ本人ニテ或ハ代人ニテ口頭又ハ書面ヲ以テ民事訴訟法第一三五條參考債權ノ原因金額優先權ノ外特ニ法文ナキモ當然債權者ノ氏名職業住所等ヲ明示シ且ツ證據書類若クハ其謄本ヲ添附シテ之ヲ爲スニ在リ債權ノ原因ハ民事訴訟法第九十條ニ規定シタル請求ノ原因ヲ指示シ請求ノ金額ハ我帝國ノ貨幣ヲ以テ之ヲ表示シ優先權ハ債權ヲ優先權ヲ以テ擔保

セラレタルモノトシテ取扱ハルヘキ旨ノ要求ノ爲メニ之ヲ表示ス(獨逸破産法第一三九條第六九條第六一條第一項乃至第五項)又證據書類添附ハ一ノ訓示的立法ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ受クルモ爲メニ届出ノ無効ヲ來スコトナク又爾後證書ノ使用ヲ妨クルモノニアラス代人タルニハ辯護士タルコトヲ要セス(獨逸破産法ハ區裁判所カ破産裁判所ナルヲ以テ届出ノ代人カ辯護士タルコトヲ要セサルハ疑ナシ我商法及ヒ裁判所構成法第二十八條ハ地方裁判所ヲ以テ破産裁判所ト爲シタルヲ以テ民事訴訟法第六十三條ノ準用ニ依リ理論上辯護士ニアラスンハ届出ヲ爲スコトヲ得スト謂ハサルヲ得サルニ至ル然レトモ届出ノ如キ簡單ナル訴訟行爲ハ辯護士タルコトヲ要スト爲スハ鄭重ニ失スト認ムルヲ以テ斯ル論結ヲ爲シタリ)代人ノ委任ノ欠缺ノ有無ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査シ(民事訴訟法第七〇條)且ツ其追完ヲ許スコトヲ得届出ノ變更殊ニ請求金額ノ増加他ノ原因若クハ新ナル優先權ノ表示等ハ新届出トシテ之ヲ取扱フ(獨逸破産法第一四二條第二項)ヤ當然ナリ但シ書面ニテ届出ヲ爲スニハ管財人ニ其使用ノ必要上交付スルカ爲メニ別ニ謄本ヲ差出シ又口頭ニテ届出ヲ爲

ストキハ裁判所書記カ調書ノ謄本ヲ調製シ之ヲ管財人ニ交付スヘキモノト信ス(獨逸破産法第一三九條(第一〇三條第一項下段第一〇二四條第二項佛蘭西商法第四九一條千八百八十九年三月四日法律)商事非訟事件印紙法第一條第三條届出カ適法ナラサルトキハ主任官カ命令ヲ以テ之ヲ却下ス其命令ニ對シテハ破産裁判所ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第九八三條)

届出ノ期間ハ破産ノ宣告決定中ニ於テ之ヲ定ム其期間ハ短クトモ三箇月長クトモ六箇月タリ但シ外國居住ノ債權者ニ對シテハ其距離ノ遠近ニ從ヒ届出ニ付キ特別ノ期間ヲ設ク是レ然ラスンハ難ヲ人ニ責ムルニ至ルヘケレハナリ此期間ノ起算點ハ我商法ニ於テ明文ナシ佛蘭西商法第四九二條ハ新聞ニ廣告ヲ爲シタル日ヨリ又獨逸破産法第七六條ハ公告カ其效力ヲ生シタル日ヨリ期間ヲ進行スト規定シタリ予輩ハ我破産法ノ解釋トシテ公告ノ日ヨリ起算スヘキモノト信ス蓋シ破産宣告ノ公告以外ニ於テ届出期間ノ起算點ヲ定ムルトキハ破産債權者ノ多クハ破産宣告ノ公告ニ依リ其存在ヲ認識シ得ヘキヲ以テ届出ノ全期間ヲ利用スルコトヲ得サルニ至ラン又破産宣告ノ公告以後ニ於テ届出期間



ノ起算點ヲ定ムルトキハ故ナク破産手續ノ進行ヲ遲延スヘキヲ以テナリ破産宣告ノ決定ニ於テ定メラレタル届出期間カ短キニ失シ又ハ長キニ失シタルトキハ債務者管財人及ヒ各破産債權者ハ抗告ヲ以テ之ヲ變更セシムルコトヲ得商法施行法第一三八條第二項獨逸破産法第七三條届出ノ期間ハ一ノ不變期間ニアラス故ニ(1)破産ノ宣告以後届出ノ期間ノ開始前ニ爲シタル届出ハ其期間内ニ爲サレタルモノト同シク有效タリ(破産ノ宣告ニ因リ届出ノ期間カ定メラレタルヲ以テ何等ノ害毒ナケレハナリ)但シ破産宣告以前ノ届出ハ縱令其債權者カ既ニ破産ノ宣告アリタル旨ヲ誤信シテ善意ニテ届出タル場合ト雖モ無効タリ蓋シ届出即チ破産手續ニ加入スルコトヲ欲スルノ意思表示ハ破産手續ノ開始ヲ前提トスルヤ當然ナレハナリ(2)届出期間ノ懈怠ニ對スル原狀回復ナシ民事訴訟法第一七四條又届出期間ハ裁判所カ伸縮スルコトヲ得民事訴訟法第一七〇條其他届出期間ハ其經過後債權ノ届出ヲ許ササル旨ノ除外期間ニアラス債權者ハ爾後有效ニ其債權ヲ届出ツルコトヲ得ヘシ蓋シ届出期間ノ懈怠ハ權利ノ拋棄又ハ其剝奪ニアラサレハナリ唯懈怠アルカ爲メニ其實ニ任シテ破産

手續ニ加入スルコトヲ得ヘキノミ是ヲ以テ届出期間經過後ニ於テ届出ヲ爲シタル債權者ハ其届出カ債權調査會開會ノ前又ハ其後ニ於テ爲サレタルカノ區別ヲ問フコトナク届出當時ニ於ケル破産手續進行ノ狀態ニ拘束セラレ又届出期間經過後ノ届出ニ因リテ特別ニ生シタル費用ヲ負擔スルノ損害ヲ受クルノミ故ニ調査會開會前ニ届出タル場合ニ於テ實際上即時ノ調査ヲ爲スコトヲ得サルカ若クハ之ヲ爲スコトヲ得ルモ下調査ヲ爲スノ必要アルカ故ニ管財人若クハ破産債權者カ調査會ニ於ケル即時調査ニ付キ異議ヲ申立ラタルトキハ債權者ハ自己ノ爲メニ開クヘキ新調査會ニ關スル費用ヲ負擔セサルヘカラス(新調査會ノ期日ハ商法第九百八十一條ニ基キテ公告スルコトヲ要スルヤ當然ナリ)又届出以後ハ自己ノ債權ノ確定以後ニ於テ爲スヘキ配當ニ加入スルコトヲ得レトモ自己ノ債權ノ確定以前ニ於テ行ハルヘキ配當ヲ止ムルコトヲ得ス調査會開會前ニ届出タル場合亦然リ唯即時ノ調査ニ關スル事項ナキノミ第一〇二五條第四項獨逸破産法第一四二條第三項佛蘭西商法第五〇二條第五〇三條届出ヲ爲ササル債權者ハ配當ニ加入スルコトヲ得サルニ止マリ破産者ノ



債權者タルコトヲ妨ケラレス故ニ破産者ニ對シテ自己ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ然レトモ之カ爲メニ他ノ破産債權者ノ破産財團ニ對スル權利ヲ害スルコトヲ得ス又協賛契約ヲ無視スルコトヲ得ス蓋シ若シ然ラストセハ大ニ協賛契約ノ鞏固ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ(佛蘭西商法第五一六條)

債權者ハ破産宣告ノ公告ニ依リ當然届出ノ催告ヲ受ケタルモノト看做サルルト雖モ所在ノ知レタル債權者ニ對シテハ特別ノ保護方法トシテ裁判所ヨリ特ニ書面ヲ以テ債權ノ届出ヲ催告スルコトアリ但シ特別ノ保護ナルカ故ニ書面ノ達セサルトキハ勿論裁判所ニ於テ之カ手續ヲ爲ササルコトアルモ裁判所ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ破産債權者ハ破産宣告ノ公告ニ依リ其債權ノ届出ヲ爲スヘキ旨ヲ知ルカ故ニ之カ爲メニ損害賠償ノ請求權ヲ認ムルノ理ナキヲ以テナリ其他他所居住ノ債權者ハ債權届出ト同一手續ヲ以テ裁判所所在地ニ代人ヲ設置シ以テ破産手續ノ進行ヲ便ナラシムヘシ第一〇二三條第二項及ヒ末項民事訴訟法第一四三條商事非訟事件印紙法佛蘭西商法第四九二條)

通法ナル債權ノ届出ハ破産者及ヒ破産債權者團體ニ對シ其届出債權ノ時效中斷ノ效力ヲ生ス此中斷ハ破産手續ノ終局配當及ヒ協賛契約及ヒ其停止第九八二條ニ至ルマテ存續シ届出タル債權カ管財人破産債權者等ヨリ異議ヲ申立テラレタル事實ニ因リ終了セス又届出債權者ト異議申立者トノ間ニ於テ起リタル異議ノ目的タル債權ニ關スル訴訟カ終了シ若クハ中斷中止シ或ハ休止シタルノ事實ニ因リテ終了セス但シ届出債權者ト異議ノ目的タル債權ニ關スル訴訟カ破産手續ノ終了ノ當時未タ繫屬シテ終局セサルカ爲メニ該債權ニ對スル配當額ヲ供託シテ破産手續ヲ終了シタルトキハ其效力ヲ破産手續ノ終局以後ニ於テモ尙ホ存續シ該訴訟カ確定判決其他ノ方法ニ依リ終局スルニ因リテ終了ス(民法第一四七條第一五二條第一五七條獨逸民法第二〇九條第二一一條第二一四條獨逸破産法第一六八條第一項)

債權者ハ其届出ヲ破産手續ノ終了ニ至ルマテ有效ニ取下クルコトヲ得届出ノ取下ハ届出ト同一ノ手續ニ從ヒテ之ヲ爲シ又届出債權ノ時效中斷ナカリシモノト看做スノ效力ヲ有ス(民法第一五二條)取消……(獨逸民法第二一四條第二

項但シ同一債權ニ關スル再度ノ届出ヲ妨ケス「エツケル」氏カ調査期日ニ於テ承認アリタル後ニ爲シタル届出ノ取下ハ再度ノ届出權ヲ拋棄シタルモノナリト主張スレトモ正當ノ見解ニアラサルヘシ

破産ノ宣告カ抗告裁判所ニ於テ廢棄セラレタルトキハ債權ノ届出ハ其效力ヲ喪失シ且ツ其時效中斷ナカリシコトト爲ルハ言ヲ埃タス獨逸ノ「ブランク」氏カ其著民法註釋ニ於テ單純ナル條理ヲ理由トシテ反對ニ論結シタルハ賛成スルコトヲ得ス

(二) 債權表ノ調製 債權ノ届出アリタルトキハ主任官ハ第一〇二三條第一項「破産主任官……」裁判所書記ヲシテ獨逸破産法第一四〇條順次ニ番號ヲ付シテ通常債權表ト優先權アル債權表トヲ調製セシム是レ届出債權ヲ一目瞭然ニ記載シ一面ニ於テ届出ノ結果ヲ利害關係人ニ知ラシメ他ノ一面ニ於テ調査手續ノ材料及ヒ配當案作成ノ材料ニ供シ殊ニ配當ノ實施ニ際シ債權證書ノ代用ヲ爲サシムルノ目的ニ出ツ(第一〇四七條故ニ該債權表ハ調査期日ニ於ケル調査ノ準據書面トシテ或ハ追加ヲ受ケ或ハ抹消セラルル所アリ其他該債權表

ハ其性質上調査會開會前ニ公衆ノ展覽ニ供スルカ爲メニ裁判所書記課ニ備ヘ且ツ其謄本ヲ届出書ノ謄本ト共ニ管財人ニ交付シ其職務ノ施行ニ便ナラシム(第一〇二四條獨逸破産法第一四〇條貸借對照表ノ外ニ債權表ヲ調製スル理由ハ貸借對照表カ商業帳簿ノ沿革ニ外ナラサルヲ以テ金額ノ多少等ニ粗漏ナキコト能ハサルヲ以テナリ

## 第二款 調査手續

執行名義ヲ有セサル債權ハ破産手續ニ於テ一ノ執行名義ヲ有スルニ因リテ破産的執行ニ參加スルコトヲ得又執行名義ヲ有スル債權ト雖モ適法ノ方法ニテ攻撃セラルルトキハ破産的執行ヨリ除外セラル此兩者ノ爲メニ債權ノ届出ニ基キテ行ハルル特別手續アリ之ヲ調査手續ト稱ス又届出テタル債權カ債權調査會ニ於テ管財人又ハ債權ノ確定シ若クハ貸借對照表ニ掲ケタル債權者ヨリ異議ヲ申立テラレサリシトキハ承認ニ因リテ又ハ異議ノ申立アリタルトキハ其異議ヲ排斥シタル判決ニ因リテ確定ス

(一) 債權ノ調査 破産債權ノ調査ハ債權調査會ニ於テ之ヲ爲ス債權調査會ハ裁判上ノ監督ノ下ニ在ル債權者自衛主義ノ適用トシテ破産手續ノ指揮及ヒ監督ヲ爲ス職分アル破産主任官ヲ議長トシ管財人各破産債權者及ヒ破産者ヲ以テ構成シ破産宣告ノ決定ヲ以テ定メタル期間ニ開會シ且ツ其手續ハ口頭ナリ調査會ハ通常届出期間ノ滿了後十日乃至十五日間内ニ開會ス斯ル時間ヲ存スヘキ理由ハ一面ニ於テハ債權調査ノ準備ノ爲メニ他ノ一面ニ於テハ調査會ノ開會ヲ延滞セシメサルノ法意ニ外ナラス第一〇二五條第三項第九八〇條第六號獨逸破産法第一三八條第二項隨テ裁判所ハ破産宣告ノ決定ヲ爲スニ際シ斯ル時間内ニ於テ期日ヲ指定セサルヘカラス第九八〇條第六號獨逸破産法第一〇一條第一項調査會ノ期日ノ指定カ近キニ失シ又ハ長キニ失シタルトキハ利害關係人ハ變更ヲ申立ツルコトヲ得又該申立却下ノ裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得

破産主任官ハ議長トシテ調査會ニ於ケル手續ヲ指揮ス故ニ主任官ハ調査期日ヲ開始シ又ハ之ヲ終結ス(第一〇二五條第一項)管財人ハ債權調査ノ主任者

トシテ又破産當事者全體ノ利益ノ爲メニ意見ヲ陳述スル目的ニテ調査會ニ列席セサルヘカラス管財人ノ列席ナクシハ調査期日ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス然レトモ之カ爲メニ管財人ハ其他代理人ヲシテ調査期日ニ列席セシムルコトヲ得サルモノト速斷スヘカラス但シ主任官ハ管財人自身ノ列席ヲ必要ナリト認メタルトキハ其指揮及ヒ監督權ノ作用トシテ自身出頭ヲ命スルコトヲ得ヘシ獨逸破産法第八三條其他主任官ハ指揮及ヒ監督權ノ作用トシテ管財人カ調査期日ニ出頭スルコトヲ得サル事實ヲ適法ニ豫知シタルトキハ職權ヲ以テ該期日ヲ變更スルコトヲ得此場合ニ於テ期日ノ變更及ヒ新期日ヲ公告セサルヘカラス又主任官ハ調査期日ヲ開キタル後管財人カ出頭セサルトキハ職權ヲ以テ延期ヲ爲ス此場合ニ於テハ新期日ヲ言渡シタルモノナルヲ以テ新ニ公告ヲ爲スノ要ナシ民事訴訟法第一六一條準用獨逸民事訴訟法第二一八條準用各破産債權者ハ自衛方法トシテ自己ノ利益ノ爲メニ自己ノ債權ヲ主張シ又他人ノ債權ヲ攻撃スルカ爲メニ自己又ハ代人ニテ調査會ニ參加スルコトヲ得而シテ調査手續ハ訴訟上ノ口頭辯論ニアラサルカ故ニ辯護士ニアラサル者ヲ尙ホ代

理人トシテ選定スルコトヲ得又禁止の明文ナキヲ以テ管財人ヲ代理人ニ選定スルコトヲ得唯此場合ニ於テハ管財人ノ職務カ債權者一箇人ノ代理人トシテノ責任ノ爲メニ不公平ニ流ルルノ嫌アルヲ以テ管財人自身カ破産債權者タル場合ト同シク管財人タル行爲ヲ避クヘキノミ但シ債權者ノ出頭ハ調査期日維持ノ要件ニアラサルヲ以テ總令届出ヲ爲シタル債權者カ出頭セサル場合ト雖モ其届出テタル債權及ヒ優先權ヲ調査スルコトヲ得ヘシ(第一〇二五條第一項)得逸破産法第一四三條破産者ハ成ルヘク調査會ニ參與セシム第一〇二五條第一項是レ調査ノ參考上其意見ヲ聽キ又債權ノ成立及ヒ數額等ニ付キ即時訊問ヲ爲スコトヲ得セシムルカ爲メナリ成ルヘク參與セシムルモノトシテ必ス參與セシメサルハ逃走等ノ爲メニ破産者ノ參與不能ノ事情アルカ爲メナリ破産者ノ出頭ハ此ノ如ク調査期日維持ノ要件ニアラサルヲ以テ主任官ハ破産者カ出頭セサルトキト雖モ債權ノ調査ヲ爲スコトヲ得而シテ破産者自身ノ出頭ヲ調査上必要ナリト認メタルトキハ之ニ出頭ヲ命スルコトヲ得第一〇二二條第一〇〇三條第三項獨逸破産法第一〇〇條第一〇一條第一四一條第二項其他主

任官ハ必要ナル認識ヲ得セシムルコト能ハサル代理人ヲシテ調査期日ニ出頭セシメタルトキハ之ニ自身ノ出頭ヲ命スルコトヲ得ヘシ是レ主任官ノ有スル監督權ノ作用タリ

調査手續ハ届出テタル債權及ヒ優先權ノ存否及ヒ數額ヲ明瞭ナラシムルコトヲ目的トス而シテ該目的ヲ達スルカ爲メニハ各利害關係者タル破産債權者及ヒ管財人ニ質問及ヒ辯解ヲ爲サシメ又破産主任官ニ自由ナル審問權ヲ認メサルヘカラス此等ノ質問辯解及ヒ審訊ハ口頭ニアラスンハ迅速ニ爲スコトヲ得タルヲ以テ調査手續ノ口頭タルヤ疑ナシ届出テタル債權ハ主任官カ其原因數額及ヒ優先權ヲ指示シ管財人及ヒ出席シタル破産債權者ニ對シ異議アラハ之ヲ表示スヘキ旨ヲ催告シテ調査スルモノタリ管財人ハ破産債權者團體ノ機關トシテ異議ヲ申立ツルコトヲ得蓋シ破産手續ニ參加スルノ權利ナキ旨ノ參加又ハ優先權ヲ有セサル債權者ノ優先的主張ハ破産債權者團體ノ權利ヲ害スルヲ以テナリ破産債權者ノ團體ハ破産債權者各箇人ト同シカラス故ニ管財人カ破産債權者各箇人ノ届出ノ債權ニ對シ異議ヲ申立ツルモノナリトノ立論ヲ打

破産手続ノ進行  
破スルモノニアラス面シテ管財人ノ爲ス異議ハ通常届出タル債権カ破産債権  
ニアラサルコト該債権ノ全部又ハ一部カ既ニ消滅シタルコト(殊ニ相殺ニ因リ  
テ)又該債権ハ商法第九百九十條以下ノ規定ニ從ヒテ無効又ハ取消スヘキモノタ  
ルコトヲ原因ト爲スモノタリ然レトモ調査會ニ於テ異議ノ理由ヲ明示スルコ  
トヲ要セス蓋シ異議ノ理由ハ狹義ノ確定手續進行中ニ於テ明示スヘキモノナ  
レハナリ故ニ異議申立者ハ調査會ニ於テ主張シタル以外ノ理由ヲ狹義ノ確定  
手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ管財人ハ其届出タル自己ノ債権ニ付キ自  
ラ調査ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ該債権ニ對スル承認及ヒ異議申立ハ主任官  
カ管財人ニ代リテ爲スモノトス多數ノ管財人アル場合亦然リ何トナレハ甲管  
財人ノ有スル届出債権ヲ他ノ乙管財人ノミニテ調査スルコトヲ得ルモノト爲  
セハ多數ノ管財人ヲ設ケタル趣旨ニ反スルノミナラス管財人間ニ於ケル情實  
ニ因リ不公平ニ流ルルノ弊害ヲ來スヲ以テナリ而シテ主任官ハ破産手續ノ指  
揮及ヒ監督者トシテ調査會ノ議長タルカ故ニ前示ノ場合ヲ除ク外自ラ承認ヲ  
爲シ又ハ異議ヲ申立ツルノ職權ナシ唯指揮及ヒ監督權ノ作用トシテ債権ノ調

査上必要アルトキハ證書ノ外ニ取引帳簿ヲ提出セシメ證書アリト雖モ爾後ノ  
辨濟ニ因リ之ヲ帳簿ニ記入スルコトアレハナリ又浩瀚ニシテ其提出ニ便ナラ  
サルトキハ其拔萃ヲ提出セシメ或ハ破産者等ヲ訊問スルノ權限ヲ有ス(第一〇  
二六條第二項第一〇二五條第二項第一〇二二條佛蘭西商法第四九三條獨逸破  
産法第一四四條第一項)

債権カ確定シ又ハ貸借對照表ニ掲ケラレタル債権者ハ届出ラレタル債権及  
ヒ優先權ニ對シ異議ヲ申立ツルノ權利ヲ有ス各債権者ノ異議ハ總テノ利害關  
係アル破産債権者ノ利益ト爲ル蓋シ異議カ其當ヲ得テ届出タル債権者カ  
破産手續ニ於ケル参加若クハ優先ノ満足ノ要求ヲ排斥セラレタルトキハ他ノ  
總テノ破産債権者ハ比較的多額ノ配當額ヲ受クルニ至ルヲ以テナリ然レトモ  
之カ異議ヲ申立タル債権者ハ破産債権者團體ノ代理人ナリト速斷スヘカラ  
ス該債権者ハ破産財團上ニ満足ヲ要求スル自己ノ權利ニ基キテ異議ヲ申立ツ  
ルモノニシテ他ノ破産債権者カ之ニ因リテ利益スル所アルハ反射の效力タル  
ニ過キス債権カ確定シ又ハ貸借對照表ニ掲ケラレタル債権者ノミカ異議ヲ申



立ツル權利ヲ有シ他ノ債權者カ之ヲ有セサルハ(第一〇二六條第二項佛蘭西商法第四九四條蓋シ自稱破産債權者ノ容喙ヲ防止シ無責任ノ異議ヲ避クルノ法意ナルヘシ)債權調査會開會ノ當初ニ於テ債權ノ確定シタル債權者ハ縱令貸借對照表ニ記載ナク單ニ届出ノ上確定シタルモノニ過キスト雖モ確實ナル破産債權者タリ又貸借對照表ニ掲ケラレタル債權者ハ(調査ノ順序カ後ナルモ)少クとも債權者ト推定スルコトヲ得ヘキモノタリ故ニ法律ハ此二者ニ限リテ届出債權ニ關スル承認ヲ爲シ又異議ヲ申立ツル權利ヲ認メタリ(千八百七年佛蘭西商法ハ債權ノ確定シタル債權者ノミニ斯ル權利ヲ認メタリシカ這ハ債權調査會開會ノ當初ニ於テ未タ確定セル債權ナキ爲メ或ハ甚タ少數ナルカ爲メニ債權ノ調査ニ付キ何等ノ辯明ヲ爲スコトナクシテ進行スルノ奇觀アルヲ以テ現行商法ニ於テ少クとも債權者ト推定スルコトヲ得ヘキ者即チ貸借對照表ニ記載シタル債權者ニ異議申立權ヲ認メタルナリ(佛蘭西商法第五〇四條埃太利破産法第一一九條)

是ヲ以テ(1)債權ノ届出ヲ爲ササル債權者又ハ債權調査會ニ出席セサル届出債

權者ハ異議ヲ申立ツルノ權利ナシ債權ヲ届出テサル債權者ハ其權利ヲ破産手續ニ於テ主張セサル者ナリ故ニ破産手續上ノ行動タル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルヤ當然ナリ隨テ届出ヲ爲シタル債權者カ其届出ヲ取下ケタルトキハ其届出以前ニ爲シタル異議ハ當然其效力ヲ喪失ス又債權調査會ニ出席セサル届出債權者ハ異議申立權ヲ拋棄シタルモノト看做スヘキヲ以テナリ適法ニ即チ口頭ニテ異議申立ヲ爲サナリシ者ナレハナリ

(2)貸借對照表ニ掲ケラレタル債權未確定ノ債權者ノ爲シタル異議ハ爾後該債權者ノ債權カ其之ニ對スル異議ノ結果トシテ起テラレタル確認訴訟ニ基ケル確定判決ヲ以テ否認セラレタル場合ニ於テ當然無効ト爲ル何トナレハ異議ヲ申立テタル債權者ハ其債權ヲ否認セラレタル判決ノ確定ニ因リテ異議申立ノ權利ヲ喪失スレハナリ故ニ異議ヲ申立テラレタル債權者ト異議ヲ申立テタル債權者トノ間ニ繫屬セラレタル確認訴訟カ未タ終局セザルトキハ後者ノ債權ヲ否認シタル確定判決ニ因レル異議申立權ノ喪失ヲ理由トシテ異議ヲ申立テラレタル債權者ノ利益ノ爲メニ異議ヲ排斥スルコトヲ得ヘシ然レトモ異議ヲ申



立テラレタル債權者ト異議ヲ申立テタル債權者トノ間ニ繫屬セラレタル確認訴訟カ前者ノ不利益ニ於テ終局シタル後即チ異議ヲ正當ト認メタル判決確定ノ以後ニ於テ異議ヲ申立テタル債權者ノ債權ヲ否認シ異議申立ノ權利ヲ喪失セシムル判決アリタル場合ニ於テハ該判決ヲ前示異議ヲ申立テラレ且ツ不利益ノ判決ヲ受ケタル債權者ノ利益ニ援用スルコトヲ得ス是レ確定判決ノ效力ノ然ラシムル所ナリ

(3) 優先權アル債權者ハ唯自己ノ權利ニ損害ヲ及ホスヘキ債權及ヒ優先權ニ對シテノミ異議ヲ申立ツルコトヲ得故ニ優先權アル債權者トシテ確定セラレタル債權者ハ單純ナル届出債權者クハ自己ヨリ劣等ノ順位ニ在ル優先權及ヒ債權ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス「エツケル」(ペー)タルゼン氏等ハ優等ノ順位ニ在ル優先權ヲ有スル債權者ト雖モ不當ナル債權ニ對シ異議ヲ申立テ債權者集會ニ加ハリテ行動スルコトヲ防クノ利益ヲ有スルヲ理由トシテ反對ニ論結スレトモ予輩ハ「ゾキフエルド」氏ト共ニ斯ル見解ヲ排斥ス蓋シ斯ル利益ハ異議ヲ許スカ爲メニ甚タ不十分ナレハナリ

各破産債權者ノ爲ス異議ハ通常届出債權カ破産債權ニアラサルコト届出債權ノ全部又ハ一部カ既ニ消滅シタルコトヲ原因トス然レトモ管財人ノ爲ス異議ト異ニシテ届出債權カ商法第九百九十條以下ニ規定シタル法律行為ヨリ發生シタルモノナルコトヲ原因ト爲スコトヲ得ス何トナレハ該條ニ基ク行為ノ無效及ヒ取消ノ主張ハ管財人ノ專屬の權限ナレハナリ但シ債權者ハ管財人ト同シク異議ノ理由ヲ調査會ニ於テ明示スルコトヲ要セス佛蘭西法系諸國ノ立法例ニ於テハ(佛蘭西商法第四九四條、伊太利商法第七六三條、白耳義商法第五〇三條等)破産者モ亦破産債權者ト同シク破産債權者ニ對スル利益防禦ノ爲メニ異議申立權ヲ認メタリ我商法ハ獨逸破産法第一四四條第一項ト同シク破産者ヲシテ參考ノ爲メニ意見ヲ陳述スルコトヲ得セシムルノ外何等ノ權利ヲ認メス(第千二十六條第二項ニ破産者ヲ規定セサルヲ以テ瞭然タリ)是レ蓋シ破産者ニ異議申立權ヲ認ムルトキハ故ラニ無責任ノ異議ヲ提出シ破産手續ノ紛擾及ヒ延滞ヲ來スノ虞アルノミナラス破産者ノ權利ヲ害セサル方法ニ於テ破産債權者ノ團體ニ共同満足ヲ得セシムル管財人ノ職分ヨリシテ破産者ノ利益カ適當

ニ保護セラルルヲ以テ破産者ニ異議申立權ヲ認ムルノ要ナシトノ理想ニ基ケルモノナルヘシ但シ破産者カ債權調査會ニ於テ届出債權ノ成立及ヒ效力等ニ付キ爭ヒタルトキハ破産手續終結後破産手續ニ於ケル債權ノ確定ニ因リテ債權者カ破産者ニ對シ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルヘシ其詳細ハ調査ノ結果ノ説明ニ讓ラン

以上説明シタル異議申立權者ハ債權調査期日ニ於テ異議ヲ申立テント欲スル各債權ノ辯明ノ終局以前ニ口頭ヲ以テ異議ヲ申立テサルヘカラス該辯明手續完了以後ニ於テハ異議ヲ申立ツルコトヲ許サス調査期日ニ出席セサル債權者ト雖モ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス而シテ異議ヲ申立テラレタル債權及ヒ優先權ニ關シテハ其債權者カ調査期日ニ出頭シタルトキニ限り一ノ善良ナル和熟ヲ爲サシムルカ爲メニ適當ナル取扱ヲ爲スコトヲ得殊ニ主任官ハ斯ル目的ノ爲メニ遲滞ヲ生セサル限ニ於テ證據調ヲ命スルコトヲ得但シ主任官ハ之カ爲メニ證據調ノ決定ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ證據決定ヲ以テスル取調ハ手續ノ進行ニ付キ延滞ヲ來スヲ以テナリ總テノ届出債權及ヒ優先權ノ調査ヲ一日間

ニ完了スルコトヲ得サルトキハ獨逸破産法ニ於テハ民事訴訟法第三百三十三條第三項及ヒ第二百六條ノ準用トシテ債權調査ノ續行期日ヲ指定シ且ツ之ヲ言渡スヘキモノトシ呼出及ヒ公告ハ之ヲ要セサルモノノ如シ佛蘭西商法第四九三條及ヒ我商法草案理由書ニ依レハ別ニ期日ヲ定ムルコトナク翌日ニ續行シテ調査ヲ完了セシムルモノノ如シ是レ記憶ヲ去ラシメサルト且ツ破産手續ノ迅速終局ヲ欲スルトニ基因スルモノト思ハル我商法ニ於テハ特ニ明文ナシト雖モ草案理由書ノ如キ法意ナリト認ム其他異議ハ調査期日ノ終了以後ニ於テモ尙ホ書面又ハ口頭ニテ(民事訴訟法第一三五條)取消スコトヲ得ヘシ

調査會ノ適式ナルコトト調査手續進行ノ大要トヲ證センカ爲メニ調査調査書ヲ作成スヘキコトハ佛蘭西及ヒ獨逸ノ破産手續ニ於テ認メタル所ナリ佛蘭西商法第四九三條、第四九五條、獨逸破産法第七二條、第一四五條調査調査書ハ主任官ノ指揮ノ下ニ於テ裁判所書記之ヲ作ル是レ調査ノ信用力ヲ保ツノ法意ナリ其之ニ記載スヘキ事項ハ法律上明文ナシト雖モ民事訴訟法第二百二十九條第一項乃至第四項、第三百三十條第一項、第二號ノ準用ニ基ク事項證書ノ還付其他佛蘭西商

第四百九十五條ニ規定シタル事項殊ニ債權者ノ氏名住所、證書ノ概要、塗抹ノ有無承認否認即チ調査ノ結果ヲ記載スルコトヲ要ス何トナレハ調査ハ證書ナキカ若クハ證書アリタルモ後日紛失シタル場合ニ於テ之カ代用ヲ爲スヘキモノナレハナリ(第一〇二五條)

(二) 調査ノ結果 調査ノ結果ハ各届出債權ニ對スル承認及ヒ異議ノ二者タリ債權調査會ハ斯ル結果ヲ生セシメタル後ニ於テ終了ス是レ其目的ヲ達シタルヲ以テナリ而シテ債權調査會ノ終了ハ之ヲ調査ニ記載セサルヘカラス何トナレハ這ハ該會ノ終了ニ關スル證明ノ最モ主タルモノナルヲ以テナリ第一〇二五條……又ハ調査會ノ終了タル後……證明材料ト爲ル(獨逸破産法ハ調査ノ結果ヲ債權表ニ記入スルニ因リテ調査手續ノ終了ヲ告クルモノト爲シタリ左ニ承認ト異議トヲ略述スヘシ

(A) 承認 承認トハ届出債權ニ對シ異議ヲ申立タル權利ヲ有スル者カ主任官ノ面前ニ於テ各届出債權ニ付キ破産ノ執行權ノ存在ヲ是認スルノ行爲ナリ故ニ其性質ハ裁判上ノ認諾ニシテ即チ單獨ノ訴訟行爲ニシテ佛蘭西法曹ノ主張

スルカ如ク破産機關ト届出債權者トノ間ニ締結セラレタル裁判上ノ契約ニアラス承認ノ方法ニ明示及ヒ默示ノ別アリ異議申立權者カ調査期日ニ於テ特定ノ届出債權ニ付キ破産ノ執行權ノ存在ヲ是認スル旨ヲ明示シタルトキハ明示ノ承認ト爲リ調査會ニ於テ出席シタル異議申立權者カ異議ヲ申立テサルトキ又ハ之ヲ申立テタルモ適法ニ取消シタルトキハ默示ノ承認ト爲ル(異議ハ調査會ノ終結以後ニ於テモ尙ホ有效ニ取消スコトヲ得ルハ前述シタル所ナリ第一〇二六條第一項第二項第一〇二七條、獨逸破産法第一四四條第一項佛蘭西商法第四九七條届出債權ノ承認ニハ異議ノ申立ナキノミヲ以テ是レリトシ承認セラルヘキ届出債權ノ債權者カ調査期日ニ出席シタルコトヲ必要トセス届出債權ハ斯ル債權者ノ出頭ヲ要セスシテ調査スルコトヲ得レハナリ然レトモ二人以上ノ管財人アリテ此等ノ者カ異議ノ申立ヲ爲ササルコトニ一致セサルトキハ默示ノ承認ノ成立ヲ害スルモノタリ蓋シ異議ノ申立ヲ爲サント欲スル管財人カ他ノ管財人ノ意思ニ制限セラレ而モ異議ノ申立ヲ爲サザリシニ因リテ生タル損害賠償其他ノ責任ヲ共ニ負フヘキコトハ大ニ不當ナレハナリ殊ニ斯

ル場合ニ於テハ管財人カ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス唯之カ爲メニ責任ヲ生シタルトキハ管財人間ニ於テ損害賠償ノ責任問題ヲ惹起スノミト云ヘル學說ハ採用スヘカラス承認ハ單獨の訴訟行爲ナルヲ以テ意思ノ表示ニ因リテ完成ス而シテ證明ノ爲メニ調査調査ニ之ヲ明記スルハ當然ナリ民事訴訟法第一三〇條第一號準用獨逸破産法ハ調査ノ一部タル債權表ニ異議ナキコトヲ記載スルニ因リテ承認ヲ完全ニ成立セシメタリ(獨逸破産法第一四五條裁判上ノ認諾ハ其效力トシテ確定力ヲ有スルカ故ニ獨逸破産法第一四五條第二項ハ届出債權ニ關スル承認ハ總テノ破産債權者ニ對シ確定判決ト同一ノ效力アラシメタリ我商法ニ於テモ承認ヲ判決ト同一地位ニ置キ以テ之ニ確定力ヲ認メタルコトハ商法第千二十六條第一項ノ明文ニ徴シ甚タ瞭然タリ是ヲ以テ(1)承認ニ因リ届出債權ノ確定シタル債權者ハ他ノ破産債權者及ヒ管財人ニ對シ該債權ヲ確定判決ニ因リテ確定シタルモノト同一ニ取扱ハシムヘキ旨ヲ主張スルコトヲ得又爾後承認セラレタル債權ヲ認メサル者アルトキハ之ニ對シ一事不再理ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得又他ノ破産債權者及ヒ管財人ハ承認ニ因リ届出債權

ノ確定シタル債權者カ新ニ爾後數額ヲ増加シテ同一債權ノ届出ヲ爲シ(同一原因ニ基ク損害賠償請求權ノ金額ヲ増加スルカ如キ又優先權ナキモノトシテ確定セラレタル債權ニ付キ新ニ優先權アル旨ヲ主張シタル場合ニ於テ確定力ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ(2)承認ニ因リ届出債權ノ確定シタル債權者ハ他ノ破産債權者ニ對シ破産手續ニ從ヒテ満足ヲ享有スルノ權利ヲ有シ又他ノ各破産債權者及ヒ管財人ハ確定シタル請求ニ對スル異議ノ訴若クハ再審ノ訴ヲ以テスルニアラスンハ承認ニ因リテ確定シタル債權ヲ攻撃スルコトヲ得ス確定シタル請求ニ對スル異議ノ訴ニ關シテハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ヲ準用スヘキモノナルヲ以テ異議ノ原因カ調査期日ノ終了以後ニ發生シ且ツ數箇アルトキハ同時ニ之ヲ主張スルコトヲ要ス又該訴訟ハ破産裁判所ノ管轄ニ專屬ス(民事訴訟法第五六三條再審ノ訴ニ關シテハ民事訴訟法第四百六十七條ノ規定ニ依ル但シ承認ニ因リ届出債權ノ確定シタル債權者モ亦其確定ノ效果カ自己ノ不利益ニ歸スルトキハ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ當然ナリ而シテ此等ノ訴カ提起セラレタルトキハ民事訴訟法第五百條第五百四十七條ニ

則リ執行即チ支拂ヲ停止ス債權者ハ調査期日ニ出頭セス且ツ異議ヲ申立ツルコトヲ得テリシコトヲ理由トシテ承認ニ因リ確定シタル權利ヲ攻撃スルコトヲ得ス蓋シ原狀回復ノ申立ハ天災其他避クヘカラサル事變ニ因リ不變期間ヲ遵守スルコト能ハサル場合ニ許サルヘキモノナレハナリ(佛蘭西商法ニ於テハ承認ハ判決ニアラス隨テ確定力ナシ故ニ承認ニ錯誤存シタルヲ理由トシテ民法上ノ原則ニ基キ承認シタル債權ヲ動スコトヲ得又ハ其數額ニ増減ヲ爲スコトヲ得ト云ヘル説ト承認ハ利害關係人ノ認諾若クハ裁判上ノ契約ニ同シ是レ承認以後ニ於テ債權ノ攻撃ヲ許ストキハ各債務者ノ地位カ不確定ニシテ安全ニ清算ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘキヲ以テナリ故ニ承認以前ニ取消若クハ解除ノ原因ヲ主張スルコトヲ懈怠シタル者ハ爾後之ヲ主張スルコトヲ得ス承認セラレタル債權額ノ過不足ヲ主張スルコトヲ得ス錯誤ヲ理由トスルモ亦然リ但シ承認カ詐欺若クハ強暴ニ因リテ成立シタルカ又ハ公ノ秩序ニ反スル所アレハ爾後承認セラレタル債權ヲ攻撃スルコトヲ得蓋シ前者ノ場合ニ於

テハ利害關係者ニ不注意ノ責ムヘキモノナク後者ノ場合ニ於テハ裁判上ノ契約タルカ故ニ公ノ秩序ニ反スルコトヲ得サルヲ以テナリト云ヘル説トノ二者アリ前説ハ「ボアスタル」氏及ヒ舊判例ノ採リタル所ニシテ後者ハ「リオンカン」氏及ヒ新判例ノ採リタル所ナリ

破産者カ債權調査會ニ於テ爲シタル破産債權ニ關スル認諾ノ有無ハ該債權ノ承認ニ因リ確定其モノニ何等ノ影響スル所ナシト雖モ理論上破産手續終結以後ニ於ケル取立權ニ影響スルヲ當然トス蓋シ破産者カ調査期日ニ於テ認諾セサル旨ヲ表示シタル破産債權カ承認又ハ後述スル所ノ異議ヲ排斥シタル確定判決ニ因リテ確定シタルヲ理由トシテ破産手續終結以後破産者ニ對シ直チニ執行ヲ爲スコトヲ得ルノ名義ト爲ルハ破産者ノ權利保護ニ甚タ薄シト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ是ヲ以テ獨逸破産法ハ破産者カ調査期日ニ於テ或届出權利ヲ認諾シ若クハ之ヲ爭ハサルトキハ破産手續ニ從ヒテ確定シタル債權ノ確定カ破産者ニ對シ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スト規定シタリ故ニ債權者ノ爲メニハ破産手續終結以後破産者ニ對シ無限ニ強制的執行ヲ爲スノ執行名義



ト爲リ又債務者ニ對シテハ再審ノ訴若クハ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴  
(民事訴訟法第四六七條以下第五四五條)ヲ以テスルニアラスンハ攻撃スルコト  
能ハサルノ效力ヲ有ス(獨逸破産法第一六四條第二項第一九四條第二〇六條第  
二項)我商法第四十九條ニ於テハ破産手續ノ終局以後債務者ニ對シ無限ニ執  
行ヲ爲スニ付キ債務者カ届出權利ニ關シ爭ヒタルヤ否ヤノ區別ヲ問ハサルニ  
似タリ是レ後述ノ如ク管財人ヲ以テ破産者ノ代理人ト看做ス思想ニ基因スル  
モノニシテ立法上其當ヲ得サルモノト謂フヘシ元來破産者カ調査期日ニ於テ  
爲シタル届出債權ニ關スル認諾ハ其性質上裁判上ノ認諾ナリト雖モ自己ニ對  
スル執行手續ニ於ケル認諾ニシテ自己ニ對シテ緊屬シタル訴訟手續ニ於ケル  
認諾ニアラス故ニ破産者ニ對スル執行名義タルノ效力ナク唯將來破産者ニ對  
シ起スヘキ訴訟ニ於テ該認諾ヲ裁判上ノ認諾トシテ援用シテ認諾判決ヲ受ク  
ルコトヲ得ヘキノミ然レトモ費用勞力及ヒ時間ヲ省略スル目的ヲ以テ破産手  
續ニ從ヒテ債權カ確定シタルトキハ斯ル認諾ニ認諾判決ニ於ケルト同シク執  
行名義及ヒ判決確定ノ效力ヲ認ムルハ立法上失當ニアラス又同一ノ目的ヲ以

テ破産者カ爭ハサル破産債權ニ付キ認諾シタルト同一ノ效力ヲ認メ破産手續  
ニ於ケル破産債權ノ確定ヲ要件トシテ判決確定ノ效力及ヒ執行名義タルノ効  
力ヲ認ムルモ亦然リ  
(B) 異議 異議ハ届出權利ノ承認ヲ妨クルノ意思表示ナリ届出權利ノ承認ヲ  
妨クルモノナルカ故ニ承認ノ成立前ニアラスンハ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス  
又承認ヲ妨クル意思表示ナルカ故ニ異議申立權者カ特定ノ債權ニ對シ異議ア  
リトノ旨ヲ表示スルヲ以テ足レリトシ其理由ヲ明示スルノ要ナシ其他別ニ特  
別ノ方式ナシ然レトモ爭點カ適當ニ説明セラルルコトハ調和ノ爲メ甚タ希望  
スヘキコトナルヲ以テ主任官カ其訊問權ヲ以テ之ヲ明瞭ナラシムルノ權限ヲ  
有スルヤ當然ナリ而シテ異議ノ理由ハ之ヲ明示スルノ要ナキヲ以テ異議申立  
權者カ調査期日ニ陳述シタル異議ノ理由ニ付キ拘束セラルルコトナシ(性質)  
各異議ハ調査期日ニ出頭シタル各異議申立權者カ口頭ニテ申立テタルモノナ  
リ蓋シ債權ノ調査ハ届出權利ノ存否及ヒ數額ヲ明白ナラシムルコトヲ目的ト  
スルヲ以テ調査期日ニ出頭セスシテ書面ヲ以テ異議ヲ申立ツルコトヲ得セシ



ムルハ大ニ該目的ノ背馳スルカ故ナリ(方法)異議ヲ申立テラレタル届出權利ハ該異議ヲ除去スルニアラスンハ確定セサルモノタリ此除去ハ調査期日ニ於テ又ハ其期日以後ニ於テ爲サルモノタリ其除去ニハ取消ト異議排斥確定判決ノ二方法アリ異議申立權者ハ其申立タル異議ヲ調査期日ニ於テ又ハ其期日以後ニ於テ書面又ハ口頭ニテ(民事訴訟法第一三五條)取消スコトヲ得蓋シ異議ノ申立ハ債權者ニ對シテハ其利益防禦ノ爲メニスル隨意ノ權能ニシテ又管財人ニ對シテハ其自由ナル意見ニ任セラレタル職權ノ作用ナレハナリ殊ニ管財人ハ届出債權ニ對シ異議ヲ申立ツルト否トヲ判斷スルノ職權ヲ有ス異議申立ノ取消ハ異議ヲ申立テサルモノト其實質ヲ同シウスルモノナリ隨テ管財人カ其申立タル異議ヲ取消スコトヲ得ルハ當然ナリ異議申立ノ取消ハ之ヲ申立タル債權者ニ該取消ヲ知ラシムルカ爲メニ送達セサルヘカラス但シ該債權者カ調査期日ニ出頭シ異議申立ノ取消アリタルコトヲ知リタル場合ハ此限ニ在ラサルヤ言フ埃タス判決ニ依レル異議除去ノ方法ハ次款ニ説明スル所ナリ(效果)第一〇二七條第一項獨逸破産法第一四四條第一項

破産者カ債權調査會ニ於テ届出權利ニ對シ爭ヒタルトキハ其權利ヲ有スル債權者ハ縱令該權利カ破産手續ニ於テ確定シタリト雖モ破産手續終結以後債務者ニ對シ執行名義アルモノトシテ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルヲ當然トス(前述ノ説明參考是ヲ以テ獨逸破産法ハ破産者カ調査期日ニ於テ届出權利ヲ爭ヒタルトキハ其權利ニ關スル破産手續ニ從テ確定ハ破産者ニ對シ效力ナシ隨テ該權利者ハ破産手續終局以後破産手續ニ於ケル權利ノ確定ヲ執行名義トシテ債務者ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ得ス又該權利ニ關シ破産手續開始前ニ繫屬シ且ツ破産手續開始ノ爲メニ中斷シタル訴訟ヲ爾後破産者ニ對シテ承認スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ是レ破産債權者ノ利益ノ爲メニ破産者ノ異議ノ結果トシテ破産手續終結以後ニ於ケル執行ノ延滞ヲ防止スルノ法意ナリ(民事訴訟法第一七九條)獨逸破産法第一四四條第二項第一六四條第二項)我商法第四十九條ニ於テ管財人カ破産者ヲ代表スルコトヲ理由トシテ破産者ノ異議アリタルニモ拘ラス破産手續ニ於テ確定シタル債權ニ基キ破産者ニ對シ無限ニ執行ヲ爲スコトヲ得セシムルハ立法上失當タルヲ免レス何トナレハ管

財人ハ債權者團體ノ機關ニシテ異議ヲ申立ツルモノタリ行爲無能力者ニアラヌシテ處分無能力者ニ外ナラサル破産者カ法定代理人ニ依リ破産手續上異議ヲ申立ツルコトヲ得ルト云フハ擅著シタル觀念ト謂フヘケレハナリ  
調査ノ結果即チ承認及ヒ異議ハ債權表及ヒ債權證書ニ附記シ且ツ債權者若クハ其他ノ人ニ通知ス第一〇二五條第二項佛蘭西商法第四九七條債權表ニ附記スルハ債權證書ナキカ又ハ紛失シタル場合ニ實效アラシムルカ爲メニシテ又債權證書ニ附記スルハ届出權利ノ破産的執行ニ關スル效能ノ程度ヲ明示スルカ爲メニシテ又債權者若クハ其他ノ人ニ通知スルハ確定ノ訴ヲ提起スルノ必要不必要ヲ知ラシムルカ爲メナリ

### 第三款 狹義ノ確定手續

異議ヲ申立テタル債權者若クハ管財人カ其異議ヲ取消ササルカ又ハ異議ヲ申立テラレタル債權者カ其債權ノ届出ヲ取下ケサル場合ニ於テハ第一〇二七條佛蘭西商法第四九八條佛蘭西民事訴訟法第七二條第四一六條獨逸破産法第一

四四條第一四五條異議ヲ申立テラレタル届出權利ニ關スル確定ハ訴ヲ提起シ判決ヲ以テ該權利ニ關スル異議ノ當否ヲ確定セサルヘカラス蓋シ債權者ハ破産手續ニ從ヒテ確定シタル權利ニ基クニアラスンハ破産的執行ヲ爲スコトヲ得サレハナリ第一〇二六條第一〇二九條……然レトモ異議ヲ受ケタル訴訟中ニ在ル債權引用

異議ヲ申立テラレタル權利確定ノ訴ト破産手續トノ關係ニ付キ立法上二主義アリ獨逸普通法ハ届出權利確定ニ關スル訴訟ヲ破産手續ノ内ニ在ルモノト爲シ且ツ之ヲ確定手續ノ一成分ト認メタレトモ獨逸破産法ハ異議ヲ申立テラレタル權利確定ノ訴ヲ全然破産手續ノ外ニ在ル獨立的訴訟トシ唯其結果カ破産手續ニ關聯スルノミト認メタリ其他佛蘭西商法第四九八條伊太利商法第七六三條等亦獨逸普通法ノ觀念ニ依ラヌシテ破産手續ト確定手續トノ併合ナル觀念ニ依リテ立法シタルモノノ如シ我商法ハ此點ニ於テ大ニ曖昧ヲ極メタレトモ草案理由書ニ依レハ佛蘭西派ノ立法ニ傾ケルモノノ如シ左ニ訴ノ性質、當事者訴訟手續、管轄裁判所、判決手續及ヒ判決ノ效力及ヒ其他ノ點ヲ略述スヘシ

## (A) 訴ノ性質當事者及ヒ訴訟手續

届出權利ノ確定ヲ目的トスル訴ハ一ノ確認訴訟ニシテ執行訴訟ニアラス何トナレハ道ハ訴訟の異議ノ排斥ヲ目的トスルニ外ナラサレハナリ多數ノ學者殊ニ「キフヘルド」「ウキルモースキー」「ワフハ」「エツケル氏」等ハ此種ノ訴訟ハ唯リ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確認ヲ目的トスルノミナラス却テ破産手續ニ於ケル満足享有ノ許容ヲ目的トスルモノナルヲ以テ民事訴訟法ノ意味ニ於ケル確認訴訟ト爲ラスト反對シタリ余輩ハ破産手續ニ於ケル満足享有ノ許容ハ確定ヲ目的トスル訴訟上ノ結果ニシテ目的ニアラサルヲ以テ「コーレル」「ペーテ」「ゼン」氏等ノ如ク確認訴訟ト謂フヲ正當ト認ム(性質)

届出債權確定訴訟ノ當事者ハ異議ヲ申立テラレタル債權者及ヒ之ヲ申立テタル債權者又ハ管財人ナルコトハ疑ナシト雖モ孰レカ原告ニシテ孰レカ被告ナルヤ即チ我商法第一千二百七條ニ所謂原告被告トハ如何ナル者ナルヤノ問題ハ特ニ明文ナキヲ以テ學理上論争ノ餘地アリ獨逸破産法ニ於テハ異議ヲ申立テラレタル届出債權力カ既ニ執行名義若クハ少クトモ終局判決ヲ具備シタルト否

トニ從ヒテ區別ヲ爲シ前者ノ場合ニ於テハ該權利ハ異議申立者カ該權利ノ終局判決若クハ執行名義ヲ除去スルコトヲ成功セザル旨ノ條件ノ下ニ於テ破産手續ニ参加スルコトヲ許サルモノナリトノ思想ニ基キ異議申立者カ異議ヲ申立テラレタル者ニ對シ異議ノ訴ノ名ニ於テ又後者ノ場合ニ於テハ該權利者ハ異議ノ排斥ヲ成功シタル旨ノ條件ノ下ニ於テ破産手續ニ参加スルコトヲ許サルモノナリトノ思想ニ基キ異議ヲ申立テラレタル者カ異議申立者ニ對シ確認訴訟ノ名ニ於テ確定ノ訴ヲ提起スルモノタリ佛蘭西商法ニ於テハ明文上大ニ曖昧ヲ極メタリト雖モ後述ノ如ク事件カ商事裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ異議ヲ申立テラレタル債權者ノ申立又ハ破産主任官ノ報告ニ因リ届出債權確定ノ手續ヲ爲シ民事裁判所若クハ刑事裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ法律上訴權ヲ有スル者ノ求ニ因リ裁判スヘキモノタルニ似タリ佛蘭西商法第四九八條第五〇〇條我商法ハ法文上何等ノ區別ナキヲ以テ異議排斥ニ付キ利益ヲ有スル異議ヲ申立テラレタル債權者カ常ニ原告トシテ異議申立者ヲ被告トシテ確定ノ訴ヲ提起セザルヲ得スト論結スルヲ可トス立法論トシテ

獨逸破産法ヲ正當ト認ム蓋シ權利ノ届出ハ裁判上ノ確定力ナク且ツ執行名義ヲ備ヘサルヲ以テ届出債權者カ確定ノ手續ヲ悉シ且ツ之ニ依リテ破産財團ノ配當ニ參加スルコトヲ得ヘキ執行名義ヲ得ルヲ當然トス隨テ届出債權者ハ其届出權利ニ對スル異議申立者ニ對シ確定ノ訴ヲ提起スヘキモノナルヤ明白ナリト雖モ届出權利ニ付キ勝訴終局判決若クハ執行名義ノ存スルトキハ債務者タル破産者ノ一般承繼人ニ外ナラサル破産債權者ニ對シ尙ホ效力ヲ有スルヲ當然トス隨テ各破産債權者及ヒ破産債權者團體ノ機關トシテ異議ヲ申立ツヘキ管財人ハ破産者其人ト同シク確定判決ヲ經タルモノニ對シテハ再審ノ訴又ハ異議ノ訴民事訴訟法第五四五條判決及ヒ決定ヲ受ケタル者ニ對シテハ上訴又ハ故障等ヲ爲シテ異議ノ正當ナル旨ヲ主張セサルヘカラサルヲ以テナリ當事者

獨逸破産法ニ於テハ異議ヲ申立テラレタル届出權利ノ確認訴訟ニ基ケル確定ノ方法トシテ該權利ニ關シ破産手續開始前ニ於テ未ダ訴訟カ繫屬セザリシトキハ通常ノ手續ニ從ヒテ新ニ届出債權確定ノ訴ヲ提起シ又既に訴訟カ繫屬シタ

ルトキハ異議申立者ニ對シ破産手續ノ開始ニ因リ中断セラレタル訴訟ヲ受繼スルノ手續ヲ爲シテ訴訟ヲ續行スヘキ旨ヲ規定シタリ而シテ起訴又ハ受繼ニ付キ法文上新ニ期間ヲ定メサレトモ配當實施ノ公告ヨリ二週間内ニ管財人ニ對シ之カ手續ヲ悉シタルコトヲ證明スルニアラスンハ異議ヲ申立テラレタル權利ヲ配當ニ際シ斟酌セサルヲ以テ債權者ハ其權利ノ防禦上適當ノ期間内ニ起訴又ハ受繼ヲ爲スコトト爲ル破産裁判所ハ債權者ヲシテ斯ル手續ヲ爲スコトヲ容易ナラシムルカ爲メニ異議ヲ記載シタル債權表ノ沿革原本ヲ交付ス獨逸破産法第一五二條第一四六條第一項(獨逸破産法第百四十六條第二項ニ於テハ「通常ノ手續ニ於テ確定ノ訴ヲ提起スヘシ」ト規定シタルヲ以テ通常ノ手續トハ民事訴訟法ニ於ケル通常ノ手續ナルヤ又ハ破産手續ニアラサル手續ナルヤニ付キ學者ノ論争ヲ招キタリ獨逸ノコレル氏ハ茲ニ所謂通常手續ヲ破産手續ニ屬セサル各手續即チ破産手續ト相對スルモノト解シ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ノ手續ニ依リ確定ノ訴ヲ提起シ又ハ受繼シテ之ヲ續行スルコトヲ得ヘキ旨ヲ主張シザルワイ氏ハ茲ニ所謂通常手續ヲ民事訴訟ノ意味ニ於ケル通常ノ手續

ト解シ證書訴訟爲替訴訟ノ如キ特別ノ手續ハ確定ノ訴ニ依ルコト能ハサルモノナリト主張シ「キフヘルド」民モ亦證書訴訟爲替訴訟及ヒ督促手續ノ如キハ終局ノ結果ヲ生セシメサルヲ以テ確定ノ訴ノ形式ニ適セサル旨ヲ主張シ「ガウブ」ウキルモースキー民等ハ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ハ支拂若クハ給付ヲ履行セシムル手續ニシテ獨逸破産法第百四十六條ニ規定シタル確定ノ訴其他獨逸民事訴訟法第二百三十一條、第二百五十三條ニ規定シタル確定ノ訴ニ適用ナシト主張シタル訴訟物ノ價額ハ獨逸破産法第百四十八條ニ於テハ破産債權ト破産財團トノ配當的割合即チ假定ノ金銭的利益ヲ以テ訴訟物ノ價額ト爲シタル故ニ割合カ百分ノ三ナルトキハ金千圓ノ確定訴訟ニ於テ金三百圓ヲ以テ訴訟物ト爲ス是レ蓋シ破産手續ニ於テハ配當額ニ於テノミ確定ノ效力ヲ表彰スヘキモノナリトノ趣旨ニ基ケルナルヘシ我商法ニ於テハ其第千四十九條ニ依リ破産者ニ對シ確定シタル權利ニ基キ無限ニ執行スルコトヲ得ヘキヲ以テ斯ル見解ヲ採ルコト能ハサルヤ顯然タリ訴訟ノ受續及ヒ其續行ハ從來ノ訴訟的成蹟ヲ利用スルノ法意ニ基ケリ而シテ執行訴訟ヲ爾後適法ニ確認訴訟ニ變更スル

コトヲ得ルハ獨逸民事訴訟法學者ノ是認スル所ニシテ又我大審院ノ明治三十年三月二十日判例ノ是認スル所ナリ

其他異議ヲ申立テラレタル届出權利ノ異議訴訟ニ基ケル確定ノ方法トシテハ異議申立者カ届出權利ニ對スル異議ノ原因ニ從ヒテ適當ナル訴訟ヲ爲スモ留タリ故ニ届出權利ノ名義ニ對スル攻撃トシテハ故障上訴、再審ノ訴ヲ以テシノ保ヲ揭ケタル判決ニ對スル攻撃トシテハ爾後ノ手續ヲ繫續セシムルノ途ヲ探リ又執行文ニ對スル攻撃トシテハ異議ノ申立又ハ異議ノ訴ヲ以テシ訴訟事件カ既ニ繫屬シタルトキハ訴訟受續ニ因リテ異議ヲ主張ス民事訴訟法第五二條第五六二條第二項第五四六條第五六一條第三項第五六二條第四項第五四五條第五六一條第二項第三項第五六二條第三項第四二七條第四九二條獨逸民事訴訟法第七三二條第七九七條第三項第七六八條第七九六條第三項第七九七條第五項第七六七條第七九六條第二項第三項第七九七條第四項第三〇二條第四項第五四一條第六〇〇條而シテ名義ノ原因タル債權カ債權者ニ損害ヲ被ラシムルカ爲メニ成立シタルモノナルトキハ唯リ管財人ノミカ異議ヲ



申立テ獨逸破産法第二十九條以下ノ規定ニ從ヒテ之ヲ攻撃スルコトヲ得ヘシ佛蘭西商法ニ於テハ斯ル重要ナル問題ニ關シ何等ノ明文ナク又之ニ論及シタル學說ナシ唯佛蘭西商法第四百八十八條第一項ニ於テ破産事項ニ關スル爭訟ヲ急速ニ終局セシムルノ目的ヲ以テ破産主任官ヲシテ該爭訟ヲ職權ヲ以テ管轄裁判所ニ送達セシムル旨ヲ示シタレトモ主任官カ該職權ヲ行使セサルトキハ通常ノ手續ニ從ヒ相手方ニ呼出狀ヲ發セサルヘカラスカ如シ我商法ニ於テ亦然リ然レトモ商法第千二十七條及ヒ第千二十九條然レトモ異議ヲ受ケテ訴訟中ニ在ル債權ヲ綜合シ異議ヲ申立テラレタル債權者カ確認訴訟及ヒ異議訴訟ノ區別ナク漠然確定訴訟トシテ破産裁判所ニ起訴スヘキモノト論結スルヲ正當トスルニ似タリ獨逸破産法ニ於ケルカ如ク訴訟受繼ノ方法ヲ認メサルハ缺點ナリ而シテ其起訴期間ハ法文ノ定メサル所ナレトモ成ルヘク該訴訟終局以後ニ於テ破産手續ヲ終局セシメントスルノ法意第一〇二八條第一項上段ヨリ推理シ當事者ハ適當ノ期間ニ之カ手續ヲ爲ササルヘカラス然ラズンハ異議ヲ受ケ訴訟中ニアラサル債權者即チ債權ノ確定セサル債權者トシテ取扱ハル

ヘシ確定訴訟ハ民事訴訟法ニ規定シタル通常ノ手續ニ從ヒテ之ヲ爲シ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ノ手續ニ從ヒテ之ヲ爲スコトヲ得ス獨逸ノ「コーレル」氏ハ此手續ニ於ケル執行名義ハ一時の性質ヲ有スルニ過キスト雖モ而モ確定の終了ヲ導クニ足ルモノナルコトヲ理由トシテ反對ニ論結スト雖モ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ハ支拂又ハ給付ヲ目的トスル執行訴訟ノ手續タル特色ヨリ推究スレハ前示ノ如ク論結スルヲ正當ト謂ハサルヘカラス(民事訴訟法第四八四條以下參照)訴訟物ノ價額ハ民事訴訟法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ム)

確定訴訟ハ届出ニ準シテ破産財團ノ配當ヲ受ケ其他破産債權團體ニ加入スルコトヲ得ルノ執行名義ヲ發生セシムルヲ目的トス故ニ確定ノ訴ハ届出ヲタル權利ノ原因數額及ヒ順位等ヲ其原因ト爲スヤ當然ナリ故ニ原告ハ債權調査會ニ於テ演述シタル届出權利ノ原因數額及ヒ順位ニ關スル主張ニ拘束セラレ之ト同一ノ主張即チ原因ノ變更スルコトナク又數額順位等ヲ擴張スルコトナク調査會ニ於テ有效ニ主張シタルモノト同一ノ主張ヲ確定ノ訴ノ原因ト爲ササルヘカラス(獨逸破産法第一四六條第四項隨テ該法則ニ適セサルトキハ不適法

トシテ却下セサルヘカラス(獨逸破産法ニ於テハ訴訟ノ受繼ニ依レル確定訴訟ニ於テハ變更シタル事情ト目的トニ從ヒ當然前訴ノ申立ハ變更セラレ調査期日ニ於テ主張シタル請求ノ原因數額及ヒ順位等ニ制限セラルルモノト爲シタリ又獨逸破産法第四百六條第一項ハ原告ヲシテ此等ノ要件ノ立證ヲ容易ニ爲サシムルカ爲メニ破産裁判所カ職權ヲ以テ債權表ノ拔萃原本ヲ原告ニ交付スヘキ旨ヲ規定シタリ)異議申立者ハ調査會ニ於テ演述シタル主張ニ拘束セララルコトナキハ前述シタル所ナリ

多數ノ異議申立者アリタルトキハ異議ヲ申立テラレタル債權者ハ此等ノ總申立者ニ對シ共、同、又ハ各別、ニテ確定ノ訴ヲ提起セサルヘカラス蓋シ債權者カ破産手續ニ於ケル參加ヲ許與セラルコトハ總異議申立者ニ對シ勝訴シタルコトヲ要スレハナリ債權者カ總異議申立者ニ對シ共同的ニ起訴シタルトキハ各異議ノ同種ナルト否トニ從ヒ同一確定訴訟民事訴訟法第五〇條ト爲リ又ハ爲ラサルコトアリ各異議カ同種ナルトキハ唯一のニ裁判スルコトヲ得ルヲ以テ合一的確定訴訟ヲ成シ各異議カ異種ナルトキ例ヘハ甲異議申立者ハ届出權

利ノ成立乙異議申立者ハ其破産債權者タルノ資格丙異議申立者ハ唯順位ヲ爭ヒタルトキハ合一的確定ノ必要ナキヲ以テ合一的確定訴訟ヲ爲ササルヤ當然ナリ債權者カ總異議申立者ニ對シ各別的ニ起訴シタルトキハ管轄裁判所ハ數箇ノ訴訟ノ併合ヲ命スルコトヲ得(第一〇二七條「成ル可ク合併シテ」)民事訴訟法第一二〇條而シテ債權者カ異議申立者中ノ一人ニ對シ勝訴シタルカ爲メニ破産手續ニ參加スルコトヲ得ヘキ確定ノ執行名義ヲ得ルモノニアラサルヲ以テ各別訴訟ニ基ケル判決ハ被告ノ異議ノ排斥ヲ言渡シ届出權利ノ確定ヲ言渡スモノニアラス總被告ニ對スル異議排斥判決ノ合計カ届出權利ノ確定ト爲シ又異議申立者一人ノ勝訴ニ歸シタル判決ハ他ノ異議申立者ノ利益ニ於テ其效力ヲ有ス甲異議申立者ハ債權者ト乙異議申立者トノ確定訴訟ニ於テ從參加人トシテ被告乙ヲ補助スルカ爲メ之ニ附隨スルコトヲ得何トナレハ乙異議申立者ノ異議申立者ノ異議ヲ正當ナリト認メタル判決ハ甲異議申立者ノ利益ニ於テ效力ヲ有スルカ故ニ甲異議申立者ハ乙異議申立者ノ勝訴ニ付キ權利上利害關係ヲ有スト謂ハサルヲ得サレハナリ(民事訴訟法第五三條)但シ異議ヲ

申立ヲサリシ債權者ハ確定訴訟ニ於テ異議申立者ノ異議ヲ正當ト認メラルル判決ニ付キ利害關係ヲ有スルニ拘ラス從參加人ト爲ルコトヲ得ス蓋シ此種ノ債權者ハ調査會ニ於テ異議ヲ申立テサリシ事實ニ因リ届出債權ヲ攻撃スヘキ權能ヲ喪失シタルモノナレハナリ其他破産者ハ處分無能力者タルヲ以テ確定ノ訴ニ參加スルコトヲ得サルヤ明白ナリ(獨逸破産法ノ解釋トシテハ特別ノ理由ニ依リ破産者カ從參加ヲ爲スコトヲ得サルハ學者ノ爭ハサル所ナリ)

確定ノ訴カ未タ終局セサルニ當リテ破産手續カ停止セラレ(商法第九八二條又ハ協議契約ニ因リテ終局セラレタルトキハ確定ノ訴ハ其本案ニ於テ目的ノ欠缺ト爲リ其訴訟費用負擔ニ於テ異議申立テラレタル債權者ト異議申立者管財人カ異議申立者タルトキハ破産者ニ對シテ續行スルコトヲ爲ル又破産手續カ配當ニ因リテ終局セラレタルトキハ繫屬シタル確定ノ訴ニ何等ノ影響スル所ナシ異議ヲ申立テラレテ訴訟中ニ在ル債權者ニ歸屬スヘキ配當額ハ之ヲ供託シ訴訟カ該債權者ノ利益ニ歸シタルトキハ配當額モ亦該債權者ニ歸屬シ反對ノ場合ニ於テハ該配當額ヲ他ノ破産債權者ニ爾後配當スヘキモノタリ隨テ管財人カ異

議ヲ申立テタルカ爲メニ異議ヲ排斥スル確定ノ訴ノ相手方ト爲リタルトキハ配當ニ因ル破産手續ノ終局ノ爲メニ相手方タルノ權限ヲ喪失スルコトナシ蓋シ未確定債權者ノ爲メニ供託セラレタル配當額ハ直チニ破産者ニ歸屬スヘキモノニアラサレハナリ

(B) 管轄裁判所及ヒ判決手續

獨逸破産法ニ於テハ届出權利確認ノ訴ヲ破産手續ノ繫屬スル破産裁判所若クハ目的物カ破産裁判所タル區裁判所ノ管轄ニ屬セサルトキハ之カ所在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ管轄ニ專屬セシメタリ獨逸破産法第一四六條第二項是レ破産ハ一ノ執行の關係ナルヲ以テ獨逸民事訴訟法第八百七十九條第八百二條(民事訴訟法第六三五條第五六三條ニ於テ配當ニ關スル異議ノ訴カ配當裁判所又ハ其所在地ヲ管轄スル地方裁判所ノ管轄ニ專屬スルト同一ノ法意ニ基ケリ(訴訟ノ受繼ニ依レル確定ニ關シテハ受訴裁判所又異議訴訟ニ關シテハ民事訴訟法及ヒ特別法ノ規定ニ基キタル裁判所カ管轄スル所ナルヤ言フ埃タス佛蘭西商法ニ於テハ訴訟事件ノ性質ニ從ヒテ管轄裁判所ヲ異ニセリ破産ニ原因ス

ル爭訟佛蘭西商法第四四六條以下第六三五條ハ商事裁判所ノ管轄ニ屬シ契約ノ瑕疵能力ノ欠損等ニ基ク爭訟ニシテ破産ヨリ生ゼサルモノハ民事裁判所ノ管轄ニ屬シ破産者ノ責ニ任スヘキ犯罪ニ原因スル損害賠償タル債權ニ關シテハ刑事裁判所ハ之カ爭訟ヲ管轄ス佛蘭西商法第四九八條第五〇〇條第一項第二項

我商法ニ於テハ確定ノ訴ハ破産裁判所ノ管轄ニ專屬ス第一〇二七條「破産裁判所」民事訴訟法第五六三條準用是レ確定訴訟ノ結果ハ破産手續ニ關係アルヲ以テ配當ニ關スル異議ヲ配當裁判所ノ管轄ニ專屬セシメタルト同シク確定ノ訴ヲ破産裁判所ノ管轄ニ專屬セシメタルナリ此ノ如ク確定ノ訴ニ關スル破産裁判所ノ管轄ハ專屬ナルヲ以テ當事者カ契約ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ス然レトモ破産者ニ異議ヲ申立テラレタル債權者トノ間ニ於テ破産手續開始以前有效ニ仲裁契約カ成立シタルトキハ該契約ハ尙ホ異議申立者管財人及ヒ破産債權者ヲ拘束ス蓋シ管財人及ヒ各破産債權者ノ異議ハ破産者ニ對シテ成立スル破産の差押權ニ其源ヲ汲ムヲ以テ仲裁契約ヲ無視スル權利ハ破産者

ト同シク異議申立者ノ有セサル所ナリト謂ハルヲ得サレハナリ殊ニ破産債權者團體ハ破産者ノ一部の承繼人ナルヲ以テ該團體ノ機關トシテ異議ヲ申立ツル管財人カ仲裁契約ヲ無視スルコトヲ得サルヤ當然ナレハナリ又異議ヲ申立テラレタル債權者ト異議申立者ハ仲裁契約ヲ締結シテ異議ヲ確定セシムルコトヲ得何トナレハ此等ノ者ハ亦和解ヲ爲スコトヲ得レハナリ「ウキルモースキー」(ベータールゼン氏等カスル見解ヲ承認スルハ甚タ理ナシ

獨逸破産法ニ於テハ管轄裁判所カ民事訴訟法其他特別法ノ規定ニ則リテ確定ノ訴ニ付キ判決ヲ爲シ我商法ニ於テモ亦管轄裁判所カ民事訴訟法ノ準用ニ依リ判決ヲ爲スコトハ疑ナシ故ニ審理上ノ便宜ノ爲メ數箇ノ確定ノ訴ヲ併合シ民事訴訟法第二百十條ノ適用商法第一〇二七條成ル可ク合併シテ又判決ニ對シ上訴ヲ爲スコトヲ得民事訴訟法ノ適用商法第二百二十七條但書ノ反對推理然レトモ獨逸破産法ト異ニシテ佛蘭西商法ヲ參考トシテ例外ヲ設ケタリ其第一ハ破産手續ヲ迅速ニ終了シ且ツ手数料費用トヲ省略スルノ目的ヲ以テ訴訟手續上干渉審理主義ヲ採用シ原被兩造ノ辯論ニ重キヲ措カス隨テ當事者雙方期

日ニ出頭セサル場合ト雖モ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ爲メニスル主任官ノ演述ヲ聴キ(主任官ノ演述ヲ聴クコトハ要件ニシテ單ニ裁判ヲ爲スノ參考ニ供スルモノニアラス故ニ之ヲ聴カスシテ爲シタル判決ハ手續違背ト爲ル職權ヲ以テ證據調ヲ爲シ判決ヲ言渡ス而シテ當事者ノ辯論ニ重キヲ置カサル結果トシテ關席判決ヲ爲スモ之ニ對スル不服申立方法タル故障ヲ認メサルコト是ナリ是レ前述シタル破産手續ト訴訟手續タル確定手續トノ併合ナル觀念ニ基ケル當然ノ結果ナリ其第二ハ債權者集會ニ於テ異議ヲ受ケタル債權者ヲ參會セシメ以テ議決權ヲ全ウセシメ且ツ故ラニ異議ヲ申立テ惡計ヲ逞シウセントスル不良ノ徒ナカラシメンカ爲メニ債權者集會前ニ成ルヘク判決ヲ爲シ隨テ裁判所ヲシテ訴訟ノ順序番號等ニ拘泥スルコトナカラシメ若シ債權者集會開始前ニ於テ判決ヲ下スコト能ハス又ハ之ヲ下スモ未確定ナルトキハ破産裁判所ヲシテ事情ニ從ヒ集會ニ加入スルノ許否及ヒ金額ノ程度ニ付キ決定ヲ爲シ(見込アル債權者ノ爲メニ假確定ノ利益ヲ與ヘ故意ニ異議ヲ申立ツルノ弊害ヲ防止ス又金額ヲ定ムルハ商法第千三十六條ノ議決權ニ必要アリ正當ノ債權者

ヲシテ相當ノ債權額ニ付キ債權者集會ニ於ケル議決權ヲ全ウセシムルコト是ナリ但シ前述ノ如ク優先權ヲ有スル債權者ハ優先權アルカ爲メニ普通債權者タルノ資格ナキ者ニアラサルヲ以テ優先權ノミカ異議ヲ受ケタル場合ニ於テ通常債權者トシテ集會ニ加ハルノ妨ト爲ラサルハ當然ニシテ又優先權ノ運命未タ知ルヘカラサルヲ以テ容易ニ破産者ニ利益アル事項ニ賛成スルノ虞ナクレハナリ第一〇二七條第一〇二八條佛蘭西商法第四九九條第五〇〇條)

届出權利確定ノ訴訟費用ノ負擔ハ民事訴訟法第七十二條以下ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム而シテ異議ヲ申立テタル管財人ノ負擔スヘキ訴訟費用ハ財團費用ニ屬シ第一〇三二條第一號獨逸破産法第五九條第一號異議ヲ申立テタル債權者ノ負擔スヘキ訴訟費用ハ其債權者一箇ノ負擔ニ歸シ又異議ヲ申立テタル債權者カ勝訴ノ判決ヲ受ケ破産財團ヲ利シタルトキハ不當利得ヲ許ササル民法上ノ原則ニ基キ自己ノ支拂ヒタル訴訟費用ニ付キ破産財團ニ對シ敗訴者ノ負擔義務ニ關係ナク獨立シテ利得額即チ管財人カ訴訟當事者トシテ行動セサルヨリ支出ヲ爲ササリシ金額ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ



## (C) 判決ノ效力及ヒ登錄

確定ノ訴ニ基キテ届出權利ニ對スル總テノ異議ヲ排斥シタル判決又ハ届出權利ニ對スル異議ヲ理由アリト認メタル判決ヲ確定シタルトキハ總テノ破産債權者ニ對シテ確定判決タルノ效力ヲ有ス(獨逸破産法第一四七條上段)是レ破産の關係ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ異議ヲ申立テラレタル債權者カ其總テノ異議申立者ニ對シテ勝訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ之ニ因リテ異議カ排斥セラレ調査會ニ於テ届出權利カ毫モ異議ヲ申立テラレスシテ確定シタルト同一ノ狀態ト爲リ反對ノ場合即チ異議ヲ申立テラレタル債權者カ其或異議申立者ニ對シテ敗訴ノ判決ヲ受ケタルトキハ之ニ因リテ破産手續ニ參加スルノ權利ヲ喪失シ異議ヲ申立テス又ハ異議ヲ申立テタルモ敗訴ヲ言渡サレタル他ノ總テノ破産債權者ヲ利益スルモノナリ「フツチング氏」カ斯ル效力ヲ説明シテ各異議申立者ハ破産財團ヲ代表スルカ故ナリト云ヒタルハ正當ノ見解ニアラス異議申立者ハ總テノ破産債權者ノ利益ト分離スルコト能ハサル即チ不可分のニ結合シタル自己固有ノ利益ノ爲メニ異議ヲ申立ツル者ナルヲ以テ異議ヲ正當ト

認メタル確定判決カ總テノ破産債權者ノ利益ニ於テ效力ヲ生シ又總テノ異議ヲ排斥シタル爲メ確定判決ハ他ノ異議ヲ申立テサリシ債權者ノ認諾ト結合シテ總テ債權者ニ對シテ確定力ヲ有スルモノナリ是ヲ以テ總テノ異議ヲ排斥シタル各判決ノ確定以後即チ届出權利ノ確定以後ニ於テ該權利ヲ爭ヒ再理セシメシコトヲ目的トスル各手續ハ一事不再理ナル確定判決ノ效力ニ依リ排斥セラレ又同一ノ届出權利ニ對シテ數箇ノ異議アリテ之ニ關スル訴訟カ各別ニ繫屬シタルトキハ其ニ屬スル確定ノ訴ニ基キテ言渡サレタル異議ヲ理由アリト認メタル確定判決ヲ他ノ確定ノ訴訟ニ援用シテ請求ヲ却下セシムルコトヲ得ヘシ其他確定ノ訴ニ基キテ判決ハ總テノ破産債權者ニ對シテ效力ヲ有スルヲ以テ調査期日ニ異議ヲ申立ツルコト能ハサリシ債權者ト雖モ該效力ヲ否認スルコトヲ得ス

届出權利確定ノ訴ニ基キテ言渡サレタル確定判決ハ破産者ニ對シテモ亦效力ヲ有スルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ各國ノ立法例同一ナラス獨逸破産法ニ於テハ破産者ニ届出權利其モノノ確定ニ付キ容喙權ヲ認メサルヲ以テ届出權利ヲ確

定シタル、確定ノ判決ハ破産者ニ對シ届出權利其モノヲ確定トシテノ效力ヲ有セス却テ破産の執行權利其モノノ確定トシテノ效力ヲ有スルノミ(此效力アルカ故ニ破産手續ニ從ヒテ債權ノ確定シタル債權者ハ破産者ノ財産ニ對シ破産的執行ヲ爲スコトヲ得ルノミ是ヲ以テ債權者カ届出權利ヲ確定シタル判決ニ基キテ破産手續終了以後破産者ニ對シ強制執行ヲ爲スニハ即チ届出權利其モノノ確定トシテノ確定判決ノ效力ヲ有セシムルニハ破産者カ調査期日ニ於テ届出權利ヲ爭ハサルカ若クハ之ヲ爭ヒタルモ破産者ニ對スル訴訟又ハ破産手續開始以前ニ於テ同一權利ニ付キ破産者トノ間ニ繫屬シタル訴訟手續ノ受繼ニ因リテ破産者ノ爭ヲ除去シ債權表ニ之ヲ記入シ且ツ届出權利カ確定シタルモノトシテ同表ニ記入スルコトヲ要ス斯ル手續ヲ完了シタル後確定判決ト同シク破産手續終了以後破産者ニ對スル強制執行ノ執行名義ト爲ル獨逸破産法第一六四條第一四四條第二項但シ破産者ニ對スル訴訟ニ於テ届出權利カ不當ナラトシテ判決セラレタルトキハ破産手續ニ於テ確定シタルニモ拘ラス破産手續終了以後ニ於テ破産者ニ對シ何等ノ效力ヲ生スルコトナシ蓋シ破産手續ニ於

ケル確定ハ破産手續ノ繼續中ニ於テ破産財團ニ對シ破産的執行ヲ爲スノ效力アル旨ヲ認メタルニ止マレハナリ而シテ斯ル判決アリタル場合ニ於テ破産債權者ハ破産手續ニ從ヒテ受取リタル配當額ヲ破産者ニ返還スヘキヤ否ヤニ付キ學說上爭アリ其第一ハ消極說ニシテ届出權利ニ付キ前示ノ效力ハ破産財團ニ關スル管財人ノ處分ノ如ク破産者カ是認セサルヲ得サルモノタリ隨テ配當額ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス其第二ハ積極說ニシテ破産者ハ之カ返還ヲ請求スルコトヲ得蓋シ異議申立者ト異議ヲ申立テラレタル債權者トノ間ニ於ケル確定判決ヲ破産者ニ對抗スルコトヲ得サレハナリト云フニ在リ届出權利ニ對スル異議ヲ正當ト認メタル確定ノ判決モ亦破産者ノ爲メニ效力ナシ蓋シ該判決ハ届出權利者ノ破産手續ニ參加スルコトヲ排斥スルニ止マレハナリ異議ノ理由ハ届出權利ノ當否ニアラスシテ單ニ破産手續開始以後ニ成立シタルモノナルヲ以テ破産債權ト爲ストノ主張ニ在スルコトアルヲ以テ破産者カ該確定判決ニ基キテ破産手續ヨリ除外セラレタル債權者ニ對シ一事不再理ノ抗辯ヲ對抗スルコトヲ得(佛蘭西商法ニ於テハ法律上明文ヲ缺クモ學說上破産者

破産法 形式的破産法 破産手続ノ進行

五六四

ニ異議申立權ヲ認ムル結果トシテ届出權利ヲ確定シタル確定判決ハ届出權利其モノトシテノ確定力ヲ有シ破産手續終了以後尙ホ破産者ニ對シ無限ニ執行ヲ爲スコトヲ得セシムルニ似タリ異議ヲ正當トシテ排斥シタル届出權利ハ其排斥ノ形式カ判決タルト不承認訴ヲ提起セスシテ止ミタル場合其モノタルトヲ問ハス破産者ニ對シテ其效力ヲ異ニシタリ届出權利ノ消滅取得破産者ノ無能力意思ノ瑕疵等ノ原因ニ基キテ排斥セラレタルモノハ破産者ニ對スルモ何等ノ效力ナシト雖モ佛蘭西商法第四百四十六條乃至第四百四十九條第九〇條第九一條ニ基キテ排斥セラレタルモノハ破産者ニ對シテ效力アリ(我商法ハ破産者ニ對シ届出權利ノ確定ニ付キ何等ノ容限權ヲ認メスシテ破産手續ニ於ケル届出權利ノ確定ヲ以テ破産手續終了後破産者ニ對スル無限ノ執行名義ト爲レタリ是レ草案理由書ニ於テ説明スルカ如ク管財人ヲ破産者ノ代理人ト認メタル意見ニ基キタルモノナリ異議ヲ正當ト認メタル確定判決ノ破産者ニ對スル效力ニ關シテハ毫モ規定スル所ナシ理論上獨逸破産法ト同一ニ論結ス(キモノト思考ス(第一〇四九條)

異議ヲ申立テラレタル債權者カ總テノ異議申立者ニ對シ勝訴ノ確定判決ヲ得タルトキハ届出權利カ調査期日ニ於テ異議ヲ申立テナクシテ確定シタルト同一ノ狀態ヲ保ツコトト爲ル故ニ異議ヲ申立テラレタル勝訴ノ債權者ハ其勝訴判決及ヒ其確定ノ證明書ヲ破産主任官ニ提出シ調査ノ結果ニ關スル債權表及ヒ債權證書ニ於ケル訴訟ノ訂正即チ届出權利確定ノ登錄ヲ求ムルコトヲ得第一〇二五條第二項獨逸破産法第一四六條第七項參考此登錄ノ效力ハ認定のニシテ設定のニアラス蓋シ判決ハ其言渡ニ因リテ效力ヲ生スルモノナレハナリ(獨逸破産法ニ於テハ破産者ニ對シ破産手續ニ於ケル確定權利ニ基キ直チニ破産者ニ對シ強制執行ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ限リ該登錄ニ他ノ一面ニ於テ設定の效力ヲ認メタリ破産者カ爭ハレサル届出權利ニ關スル確定ノ判決ヲ債權表ニ登錄スルニ因リテ破産者ニ對シ強制執行ヲ爲スコトヲ得(ヘシ)之ヲ要スルニ届出權利ハ調査期日ニ於テ異議申立權者ヨリ爭ハレサルカ若クハ爭ハレタルモ爾後取消アリタルカ又ハ確定ノ訴ニ基キタル判決ニ於テ是認セラレタル場合ニ於テ確定ス末確定債權ト配當トノ關係ニ付テハ配當ノ説明



ニ異議申立權ヲ認ムル結果トシテ届出權利ヲ確定シタル確定判決ハ届出權利其モノトシテノ確定力ヲ有シ破産手續終了以後尙ホ破産者ニ對シ無限ニ執行ヲ爲スコトヲ得セシムルニ似タリ異議ヲ正當トシテ排斥シタル届出權利ハ其排斥ノ形式カ判決タルト不承認訴ヲ提起セスレテ止ミタル場合其モノタルトヲ問ハス破産者ニ對シテ其效力ヲ異ニシタリ届出權利ノ消滅取得破産者ノ無能力意思ノ瑕疵等ノ原因ニ基キテ排斥セラレタルモノハ破産者ニ對スルモ何等ノ效力ナシト雖モ佛蘭西商法第四百四十六條乃至第四百四十九條第九〇條第九一條ニ基キテ排斥セラレタルモノハ破産者ニ對シテ效力アリ我商法ハ破産者ニ對シ届出權利ノ確定ニ付キ何等ノ容喙權ヲ認メスシテ破産手續ニ於ケル届出權利ノ確定ヲ以テ破産手續終了後破産者ニ對スル無限ノ執行名義ト爲レタリ是レ草案理由書ニ於テ説明スルカ如ク管財人ヲ破産者ノ代理人ト認メタル謬見ニ基キタルモノナリ異議ヲ正當ト認メタル確定判決ノ破産者ニ對スル效力ニ關シテハ毫モ規定スル所ナシ理論上獨逸破産法ト同一ニ論結ス（キモノト思考ス（第一〇四九條）

異議ヲ申立テラレタル債權者カ總テノ異議申立者ニ對シ勝訴ノ確定判決ヲ得タルトキハ届出權利カ調査期日ニ於テ異議ヲ申立テナクシテ確定シタルト同一ノ狀態ヲ保ツコトト爲ル故ニ異議ヲ申立テラレタル勝訴ノ債權者ハ其勝訴判決及ヒ其確定ノ證明書ヲ破産主任官ニ提出シ調査ノ結果ニ關スル債權表及ヒ債權證書ニ於ケル訴訟ノ訂正即チ届出權利確定ノ登錄ヲ求ムルコトヲ得第一〇二五條第二項獨逸破産法第一四六條第七項參考此登錄ノ效力ハ認定的ニシテ設定のニアラス蓋シ判決ハ其言渡ニ因リテ效力ヲ生スルモノナレハナリ獨逸破産法ニ於テハ破産者ニ對シ破産手續ニ於ケル確定權利ニ基キ直チニ破産者ニ對シ強制執行ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ限リ該登錄ニ他ノ一面ニ於テ設定の效力ヲ認メタリ破産者カ爭ハレサル届出權利ニ關スル確定ノ判決ヲ債權表ニ登錄スルニ因リテ破産者ニ對シ強制執行ヲ爲スコトヲ得（ヘシ）之ヲ要スルニ届出權利ハ調査期日ニ於テ異議申立權者ヨリ爭ハレサルカ若クハ爭ハレタルモ爾後取消アリタルカ又ハ確定ノ訴ニ基キタル判決ニ於テ是認セラレタル場合ニ於テ確定ス未確定債權ト配當トノ關係ニ付テハ配當ノ説明

破産法 形式的破産法規 破産手續ノ進行

五六六

ニ讓ル條件附債權ハ條件附債權トシテ承認又ハ確定ノ判決ニ因リハ確定然スレトモ條件附債權ハ條件成就ノ際ニ執行の效力ヲ有スルカ故ニ條件成就ノ證明ニハ民事訴訟法第五百十八條ヲ準用シ管財人之ヲ調査ス管財人カ條件ノ成就シタルモノヲ成就セサルモノト認メタルトキハ民事訴訟法第五百二十一條ヲ準用シテ管財人ニ對シ確證ノ訴ヲ提起スヘク反對ノ場合ニ於テハ民事訴訟法第五百四十六條ノ準用ニ依ル別除請求權ヲ主張スル者カ同時ニ破産債權者トシテ届出ヲ爲シタル場合亦然リ何トナレハ債權其モノハ確定スルモ執行其モノハ條件附ナルヲ以テナリ(第九九九條參考)

### 第三節 破産手續ノ終局

破産手續ノ終局ハ金錢債權ニ付テノ強制執行ノ終局ト相似タリ是レ破産手續ハ金錢債權ニ關スル一般の強制執行ナルヲ以テナリ金錢債權ニ付テノ強制執行ハ債務者ノ財産ヲ差押ヘ之ヲ競賣シ其賣得金ヲ以テ差押債權者ノ爲メニ其債ノ全部權若クハ一部ノ満足ニ供スルコトニ因リテ終局スルト同シク破産の

強制執行ハ破産債權者ノ爲メニ差押ヘタル破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ得タル金額ヲ破産手續ニ參加シタル債權者ノ爲メニ其債權ノ順位若クハ平等ノ割合同順位ナルトキハニ應シテ満足ノ用ニ供スルコトニ因リテ終局ス蓋シ破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ得タル金額ヲ破産手續ニ從ヒテ破産債權者ニ配當スルハ破産手續ノ目的ナルヲ以テ該目的ヲ達スルニ因リ破産手續ノ終了スルハ當然ナレハナリ金錢債權ニ付テノ強制執行ニ於テ差押債權者カ債務者ト和解シテ其差押ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シ以テ強制執行ヲ中途ニテ止ムルコトヲ得ルト同シク破産の強制執行ニ於テ破産債權者團體カ破産者ト和解シ其破産の差押ニ因リテ得タル權利ヲ拋棄シ以テ破産の執行ヲ中途ニテ止ムルコトヲ得ヘシスル終了ノ方法ヲ協議契約ト曰フ金錢債權ニ付テノ強制執行ニ於テ差押物ヲ換價スルモ強制執行ノ費用ヲ償ヒテ剩餘ヲ得ルノ見込ナキトキハ強制執行ヲ爲ササルト同シク民事訴訟法第五五六條第六五六條(破産の強制執行ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ルノ破産財團カ存在セサルトキハ破産手續ノ進行ヲ妨ク即チ之ヲ停止ス其他金錢債權ニ付テノ強制執行ノ

破産法 形式的破産法規 破産手續ノ進行

五六七



進行ヲ爲ササルト同シク破産の強制執行ニ於テ破産債權者ノ各自ノ承諾ヲ得タル破産者ノ破産手續ノ停止ヲ求ムル旨ノ申立ニ因リテ破産手續ヲ停止スルヲ當然トス獨逸破産法ハ破産手續ノ終局方法トシテ此四者ヲ認メ我商法ハ前者ヲ認メ又佛蘭西商法ハ後者ヲ認メサリシ左ニ之ヲ分説スヘシ

### 第一款 破産手續ノ停止

學理上破産手續ノ停止ニ破産手續費用ノ不足ニ基クモノト破産債權者ノ同意ニ基クモノトノ二者アリ前者ハ我破産法ノ認ムル所ニシテ後者ハ我破産法ノ認メサルコトハ前述シタル所ナリ又破産手續ノ停止トハ其手續ノ進行ヲ妨クルモノニシテ手續其モノノ終了ニアラス故ニ狹義ノ破産手續ノ終局ノ外ニ在ルヤ言フ埃タス破産手續費用ノ不足ニ基ク停止ハ破産手續ヲ償フニ足ル破産財團ノ存セサルカ爲メニ破産手續ノ進行ヲ止メ且ツ破産債權者ノ爲メニ其之ニ對スル各別的執行禁止ノ效力ヲ止息セシムル裁判所ノ命令ニ外ナラス而シテ該制度ハ大同小異ノ規定ニ於テ各國ノ立法カ認メタル所ナリ佛蘭西商法第

五二七條第五二八條白耳義商法第五三六條伊太利商法第八一七條獨逸破産法第二〇四條乃至第二〇六條奧太利破産法第一五四條第六六條等

#### (A) 要件

破産手續費用ノ不足ニ基ク破産手續ノ停止ハ該用語自體ニ於テ言顯ハサルカ如ク實體的、要件トシテ破産手續費用ヲ償フニ足ル破産財團ノ存セサルコトヲ要ス斯ル場合ニ於テハ破産財團ヲ以テ破産債權者ニ満足ヲ得セシムル破産ノ目的ヲ事實上達スルコト能ハサルヲ以テ破産手續ヲ進行スルコトハ徒ニ金錢ヲ費シ手數ヲ煩ハスニ過キサルノミナラス費用ノ支途ナキヲ以テ該手續ヲ進行スルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ獨逸破産法第一〇七條第一項第二〇四條第一項奧太利破産法第一五四條第六六條ニ於テハ裁判所ヲシテ破産者ノ財產カ破産手續費用ヲ償フニ足ラスト認メタル場合ニ於テ破産宣告ノ申立ヲ却下シ又ハ既ニ開始シタル破産手續ノ進行ヲ停止セシメタリ佛蘭西ニ於テハ千八百七年ノ商法ニ於テ破産手續費用ヲ償フニ足ルハキ財團ノ存セサル場合ニ處スヘキ規定ナカリシヨリ事實上斯ル場合ヲ發生シタルトキニ於テハ已ムヲ

破産法 形式的破産法 破産手続ノ進行

五七〇

得ス破産手続ヲ停止スルコトト爲リ随テ一面ニ於テハ管財人ハ破産手続ニ從事セサルヲ以テ債務者カ破産者ニアラサルモノノ如クニ行動シ他ノ一面ニ於テハ破産宣告カ存スルヲ以テ各別ノ執行行爲ヲ禁止セラレタル各破産債權者ハ破産者カ爾後財産ヲ取得スルコトアルモ之ヲ差押フルコト能ハサルノ結果ヲ來シ破産者ハ概テ破産宣告以前ニ於テ破産手続費用ヲ償フニ足ラサル財産ノミヲ有スルコトニ著眼シ各債權者ノ訴追ヲ免レントスルノ現象ヲ呈シタルヲ以テ現行商法タル千八百三十八年ノ法律ハ破産手続費用ヲ償フニ足ラサル破産財團ノ存スル場合ニ於ケル停止ヲ規定シタリ(佛蘭西商法第五二七條、第五二八條、白耳義商法第五三六條、伊太利商法第八一七條)而シテ同法ニ於テハ破産者ニ對シ汚辱ノ表彰ヲ被ラシメ以テ之カ洗滌ヲ勉メシムルト破産債權者ノ利益ヲ將來ニ保護シ各別ノ執行ニ於ケル利己行動ヲ妨クル目的ヲ以テ縱令翌日ニ至リ破産手続ノ進行ヲ停止スルコトアルモ必ス破産ノ宣告ヲ爲シ國家カ之カ爲メニ必要ナル費用ヲ立替フルニ似タリ(佛蘭西商法第四六一條)

我商法ハ佛蘭西法系ニ則リ債務者ノ無資力ノ爲メニ却テ破産宣告ノ效力ヲ免

ルルノ奇觀ヲ避クルカ爲メニ破産ノ宣告及ヒ其公告手續ハ之ヲ實施シ(第九八二條)前條ノ手續ヲ除ク外其他ノ破産手續ハ停止スルヲ以テ破産者ノ財産カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラサル場合ニ於ケル關係ヲ明示シタリ(第九八二條)第一項上段(破産ノ宣告及ヒ其手續費用ハ債權者ノ豫納シタル破産手續費用額ヲ以テ之ニ充テ又ハ國庫カ假ニ之ヲ支辨スヘキモノナルコトハ商法施行法第三百九十九條、第四百十條ノ明文上疑ナシ)故ニ苟モ破産者ノ財産カ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ル以上ハ縱令破産財團ト破産債權トノ間ニ大ナル懸隔アルヤ又ハ破産財團ノ換價カ困難ナルトキト雖モ破産手續ノ進行ヲ停止セス破産者ノ財産カ破産財團トシテ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル場合ニ於テ亦然リ(第九八二條)第一項ニ破産手續ノ費用ヲ償フニ足ラサルトキニ立法論トシテハ破産ハ一ノ強制執行ナルヲ以テ民事訴訟法第五百六十四條第三項第六百五十六條ノ法意ニ於ケルカ如ク停止スト爲スヲ正當ト信ス但シ破産者ノ財産カ破産手續費用ヲ償フニ足ラサル場合ニ於テ破産手續費用ノ擔保又ハ其他供託アリタルトキハ費用ノ支途アルヲ以テ破産裁判所カ破産手續ヲ續行スル

破産法ニ依る破産手続ノ進行

五七二

コトヲ得ヘシ獨逸破産法ハ明文ナキモ斯ル場合ニ於テ破産手続ノ爲不爲ヲ裁判官ノ自由ナル意見ニ任シタリトノ學說アリ佛蘭西商法第五百二十八條ニ於テハ破産其他ノ利害關係人カ破産手続費用ヲ償フニ足ル金錢ヲ管財人ニ寄託シタルトキハ破産手続ノ進行ヲ爲スヘキモノノ如シ  
破産手続費用ノ不足ニ基ク破産手続ノ停止ハ形式的要件トシテ破産裁判所ノ決定アルコトヲ要ス我商法ニ於テハ停止ノ形式ニ關シ特ニ明文ナシト雖モ破産裁判所カ職權ヲ以テ又ハ管財人各利害關係人等ノ申立ニ因リ決定ノ形式ヲ以テ破産手続ノ停止ヲ命シ且ツ該決定ニ對シテハ各利害關係人並ニ破産債權者管財人及ヒ破産者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキコトハ破産ノ一ノ強制執行タル性質ヨリ推理シテ明瞭ナリト謂フヘシ民事訴訟法第五四三條第三項第五五八條準用商法ニ明文ナキヲ以テ抗告ヲ許サストノ反對論アリ破産手続ノ停止ヲ命シタル決定ハ總テノ利害關係人ニ破産手続ヲ進行セサルコトヲ、又各債權者ニ各別的執行ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ認識セシムルカ爲メニ公告スルコトヲ要ス(第九八二條第一項下段)而シテ破産裁判所ハ裁判以前ニ於テ破産財

團カ破産手続費用ヲ償フニ足ルヤ否ヤヲ鑑定セシムルコトヲ得ルヤ當然ナリ  
獨逸破産法ニ於テハ破産裁判所カ破産手続費用ヲ償フニ足ルヘキ破産財產カ存セサルモノト認メタルトキハ必ス職權ヲ以テ破産手続停止ノ決定ヲ爲スコトヲ要シ(破産債權者管財人破産者即チ各利害關係人ハ破産裁判所ニ對シ破産手続費用ヲ償フニ足ルヘキ破産財團ノ存セサル旨ヲ注意スルコトヲ得ルニ止マリ之ニ基キテ破産手続ノ停止決定ヲ申立ツル權利ヲ認メラレサリシ該決定ハ破産手続ヲ終局スルノ效力ヲ有スルヲ以テ破産手続ノ終局決定ト同シタ之ヲ公告シ又各破産債權者破産者及ヒ管財人ハ破産債權者團體ノ機關トシテ該決定ニ對シ其公告ノ日ヨリ二週間内ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(ゾキフヘルド氏ハ破産債權者團體ハ其資格ニ於テ破産手続ノ進行ヲ申立ツル權利ナキヲ以テ管財人カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得スト主張シタレトモ通說ニアラス破産者ハ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルヲ以テ停止決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ當然ナリ)佛蘭西商法(第五二七條ニ於テハ破産裁判所タル商事裁判所カ主任官ノ意見ヲ聽キ判決ノ形式ヲ以テ利害關係人殊ニ債權者管財人ノ申立

破産法ニ依る破産手続ノ進行

五七三

ニ因リ又ハ職權ニテ破産手續ヲ停止スルモノナリ  
(B) 效力  
獨逸破産法ニ於テハ實體上ノ效果ヲ生セサルニ手續ヲ實行スルハ訴訟法上ノ  
許ササル所ナリトノ觀念ニ基キテ破産手續ノ停止決定ヲ以テ破産の差押權ノ  
廢止トシ該決定公告ノ效力ヲ生シタル時ヨリシテ破産者ハ破産財團ニ對スル  
自由處分權ヲ回復シ各破産債權者ハ各別ニ自己ノ權利ノ實行ヲ爲スコトヲ得  
而シテ破産手續停止以前ニ調査期日ニ於テ債權表ニ確定セラレタルモノトシ  
テ記入セラレタル破産債權ニ關シテハ之ヲ破産者カ同期日ニ於テ爭ハサリシ  
場合ニ限リ該記入カ破産者ニ對シ執行名義トシテ效力ヲ有ス我商法ハ佛蘭西  
商法第五二七條ト同シテ破産手續ノ停止ニ破産手續其モノヲ終局セシムル效  
力ヲ認メスシテ單ニ破産手續ノ續行ヲ止ムルノ效力ヲ認メタリ故ニ破産者ニ  
對スル破産宣告ノ效力ハ有效ニ存在シ破産者ニ爲シタル支拂其他ノ權利關係  
ハ當然無効ニシテ管財人カ有效ニ支拂ヲ受ケ又破産債權者團體ノ損害ニ於テ  
爲サレタル破産者ノ行為ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得第九八五條第一〇〇

六條第九九〇條第九九一條等破産債權者ニ對スル破産宣告ノ效力亦然リ唯例  
外トシテ各破産債權者カ破産手續ノ停止中各別ノ行為ヲ爲スコトヲ得第九八  
二條第三項佛蘭西商法第五二七條第二項是レ蓋シ破産債權者ハ通常其數甚タ  
多ク且ツ利害關係多キヲ以テ管財人ヨリ破産者ニ對スル注意ヨリ其程度一層  
深キカ故ニ特ニ各別行動ヲ許セ成ルヘク其權利ヲ完ウスルコトヲ得セシムル  
ノ目的ニ基キテ而シテ破産債權者カ各別行動ノ結果トシテ訴訟行為ヲ爲スノ  
必要ヲ生シタルトキハ(這ハ財産ノ假差押ヲ爲シ又ハ判決ヲ受ケ強制執行ヲ爲  
サントスル場合ニ起ルヘシ但シ此場合ニ於テハ破産者ノ財産タルニ疑ナキト  
キハ訴訟ニ至ラスシテ破産手續ノ再施ヲ爲スニ至ルヘシ)商法第四十九條ニ  
規定シタル效力トシテ破産者其者ヲ相手方ト爲スヘク(第一〇四九條)債權者  
ニ對シ(管財人ヲ相手方ト爲スヘキモノニアラス何トナレハ若シ然ラスンハ  
各破産債權者ニ各別ニ行動スルノ權利ヲ認メタル法意ニ反スルヲ以テナリ  
各破産債權者ノ各別の行為ニ基キ取得シタル財産ハ其債權者ニ專屬スルヤ否  
ヤニ付キ學者ノ見解二派ニ岐レタリ第一派ハ返還ノ義務アルハ元來辨濟ノ違

法ナルカ爲メナリ法律ノ許シタル行爲ニ因リテ得タル財産ニ付キ尙ホ返還義務ヲ負フト云フハ解スヘカラサルノ觀念ナリ故ニ此場合ニ於テハ債權者ニ返還ノ義務ナシト云ヒ第二派ハ破産手續ノ停止中ト雖モ破産者ハ尙ホ財産的處分無能力者タリ故ニ債權者一箇人ニ對シ爲シタル支拂ハ財團ニ對シ當然無効タリ故ニ財團ニ返還スヘキヲ當然トス債權者ニ各別的行爲ヲ許シタルハ債權者ニ自己ノ利益ヲ得セシムルカ爲メニアラス破産手續開始以後破産者カ取得シタル財産ヲ保存シ破産手續ヲ再施セシメンカ爲メナリ故ニ破産手續再施ノ場合ニハ債權者ハ其取得ノ財産ヲ財團ニ返還セサルヲ得ス但シ之カ爲メニ要シタル費用ハ破産債權ヨリ先ニ支拂ハルヘキヤ當然ナリ第一〇三一條ト云ヘリ予輩ハ理論上後説ヲ正當ト信ス

(C) 終了

獨逸破産法ニ於テハ破産手續費用ヲ債フニ足ル財産ノ存スル旨ノ證明ニ因リ再ヒ破産手續ノ開始ヲ爲ス我商法ニ於テハ破産者カ破産宣告以後破産手續費用ヲ償フニ足ルヘキ財産ヲ取得セサル以上ハ破産手續ヲ停止ハ永久ニ繼續シ

破産者ノ死亡ニ因リ停止ニ終局ヲ來スコトナシ蓋シ破産者ノ死亡ニ因リ財産取得ノ時機ノ到來スルコトナクテハナリ之ニ反シテ破産者カ財産ヲ取得シタルトキハ手續停止ノ要件ヲ缺クニ至ルヲ以テ職權ニテ又ハ各利害關係人ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ停止シタル破産手續ノ再施ヲ命スルト同時ニ破産手續停止ノ終局ヲ告ク破産手續費用ヲ償フニ足ルヘキ破産者ノ財産カ存在スルコト顯著ナル場合ヲ除ク外各利害關係人カ之ヲ證明セサルヘカラス是レ手續再施ノ經忽ニ失シ無益ノ費用ヲ生スルノ弊害ヲ防止スルノ注意ナリ破産手續ノ再施ハ停止シタル破産手續ノ續行ニシテ消滅シタル破産手續ヲ再ヒ開始スルモノニアラス故ニ破産手續其モノヲ終局セシムル協議契約ノ取消以後ニ於ケル破産手續ノ再施ト異ニシテ破産手續ノ停止中破産者ノ爲シタル行爲ヲ有效視スルコトヲ得サルナリ手續ハ之ヲ成ルヘク迅速ニ終局セシムルカ爲メニ即時ニ再施スヘク又手續再施決定ハ法律上明文ナキモ各利害關係人ニ知ラシムルカ爲メニ公告ヲ爲スヘキモノト信ス第九八二條第二項佛蘭西商法第五二八條



## 第二款 協諾契約

協諾契約ナル制度ハ其源ヲ羅馬法ニ發スユスチニヤヌ帝ノ法律ニ於テハ近世ノ協諾契約ニ類似スル二ノ制度アリタリ其第一ハ模範的時代ニ於テ既ニ認メラレタル制度ニシテ債務カ資産ヲ超過スル相續人ト爲スヘキ相續人カ其相續承認以前ニ相續債權者ト約定シテ相續債務ノ一部分ノ免除ヲ得ルモノタリ裁判所ハ相續人ノ申立ニ因リ相續債權者ヲ招集シ相續人ト免除ニ付キ協議セシム招集ニ應ジテ出頭シタル相續債權者カ免除額ニ付キ一致シタルトキハ相續人ハ特ニ何等ノ手續ヲ盡スコトヲ要セスシテ相續債務ノ一部分ヲ免除セラル之ニ反シテ出頭シタル相續債權者カ免除額ニ付キ一致セサルトキハ債權者ノ多數ノ意見ヲ標準トシテ裁判ヲ爲ス其多數ノ計算ハ債權額ニ又時トシテ頭數ニ依リテ之ヲ定ム而シテ債權者ノ可否ノ意見同數ナルトキハ免除ヲ成立セシムルノ裁判ヲ爲ス斯ル方法即チ出頭シタル債權者ノ一致若クハ裁判所ノ裁判ニ依リテ成立シタル免除ハ集會ニ出頭セサル相續債權者ヲ漏ラシ又斯ル方法ニ

テ免除ヲ得タル後ニ於テ相續人承認シタル相續人ハ債權全額ノ支拂ヲ請求シタル相續債權者ニ對シ契約抗辯又ハ詐害抗辯ヲ以テ對抗スルコトヲ得タリ其第二ハ前者ニ比シ其發達カ後レタル制度ニシテ債權者カ裁判所ノ共力ノ下ニ於テ行フ財產公賣ヲ避ケルカ爲メニ債務者ニ許可シタル延期タリ裁判所ハ債權者ノ多數カ延期ヲ欲シタルトキハ債權者ニ五箇年ノ延期ヲ許可シ以テ即時ノ財產公賣ヲ避ケシム債權者ノ多數ハ債權額又ハ頭數ニ應ジテ計算シ可否同數ナルトキハ延期ヲ成立セシムル旨ノ裁判ヲ爲ス(此延期ハ時效ヲ中斷ス)此第一制度カ法律ノ發達上大ナル勢力ヲ有シ羅馬註釋派ノ時代ニ於テ失蹤シタル債務超過ノ生存者ニ適用アルヤノ問題ヲ生シ羅馬註釋派及ヒ羅馬後註釋派ノ舊學者ハ消極的ニ論結シタリ然レトモ實際上便宜ナルヲ以テ失蹤シタル債務超過ノ生存者ニ適用スルノ慣行ヲ生シ羅馬後註釋派ノ新學者ノ是認シ且ツ伊太利ノ市法律ニ於テ該慣行ヲ認メタリ此羅馬法及ヒ伊太利法ノ化合的の制度カ歐洲諸國ノ認ムル所ナリ第十七世紀ニ至リテ獨逸ニ於テ普通法ノ學說トシテ貧窮ナル債務者ノ地位ヲ回復セシムルカ爲メニ相續債務カ超過シタル相續債

務ニ其適用ヲ限定シタル羅馬法ノ制度ノ適用ヲ他ノ債務超過ノ場合ニ擴張スルヲ正當トストノ思想ヲ生シ裁判所ノ慣行ト爲リ一般ノ承認ニ因リテ獨逸ノ普通慣行法ト爲リタリ是ヲ以テ普通西破産法千七百九十三年及ヒ現行獨逸破産法ハ裁判所ノ認可ノ下ニ於テ債權者ノ多數ヲ以テ締結スル延期又ハ免除ニ關スル契約ヲ認め又佛蘭西ニ於テハ千六百七十三年ノ勅令ヲ以テ始メテ法律上債權者ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ締結スル延期若クハ免除ニ關スル契約ヲ是認シ現行法ニ於テ該制度ヲ維持シタリ(沿革)

破産者ハ破産宣告ノ效力トシテ破産手續繼續中破産財團ニ屬スル財産ニ付キ處分能力ヲ有セス斯ル能力ノ喪失ハ成ルヘク短期ニテ終了スルコトヲ社會政策ノ觀念上希望スル所トス協讚契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終了セシムル契約ナルヲ以テ斯ル希望ニ伴フモノト謂フヘシ破産手續カ配當ニ依リ終了シタル場合ニ於テハ爾後債權者ハ其債權ノ未済部分ニ付キ何時ニテモ破産者ノ取得シタル財産ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ得斯ル債權者ノ權利ハ破産者ヲシテ爾後其經濟上ノ地位ヲ回復スルニ困難ナラシム協讚契約ハ配當ニ依ラスシ

テ破産手續ヲ終了セシムル契約ナルヲ以テ債權者ハ斯ル執行權ヲ有セス隨テ破産者ヲシテ其經濟上ノ地位ノ回復ヲ容易ナラシム配當ハ時間ト費用トヲ要シ又破産財團カ適當ニ換價セラレナルノ事情アリ協讚契約ハ破産者ノ親族朋友等カ該契約ノ履行ヲ擔保スルノ事情アリ故ニ債權者ハ其債權ニ付キ配當ヨリモ協讚契約ニ於テ多額ノ満足ヲ享有スルコトヲ得ヘシ協讚契約ハ此ノ如ク社會政策ニ適シ破産者及ヒ破産債權者ニ利益アル制度タリ是レ文明諸國カ其破産法ニ於テ協讚契約ヲ是認シタル所以ナリ協讚契約ニ關スル立法上ノ利益ニ我破産法及ヒ獨逸破産法ニ於ケル協讚契約ハ破産手續以後ニ於テ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終了セシムルコトヲ目的トスル契約タリ破産手續開始以前ニ於テ破産手續ノ開始ヲ避クルコトヲ目的トスル契約ハ特ニ之ヲ支拂猶豫トシテ規定シタリ瑞西破産法第二九三條以下白耳義法千八百八十七年六月二十九日法律葡萄牙商法第七三〇以下等ノ立法ニ於テ通常ノ協讚契約ノ外ニ豫告的協讚契約ト稱シテ破産手續開始以前ニ於テ破産手續ノ開始ヲ避クルコトヲ目的トスル協讚契約ヲ認メタリ佛蘭西ニ於テハ其商法第五百四十一條ニ於テ

通常ノ協議契約ノ外ニ權利拋棄ニ基ク協議契約ナル制度ヲ設ケ其成立ニ因リ通常協議契約ト異ニシテ破産者カ喪失シタル破産財團ニ於ケル管理處分權ヲ回復スルコトナク配當ニ於ケルト同ク總破産財團ヲ換價シ破産債權ノ辨濟ニ供シ其結果不足アルモ配當ト異ニシテ破産者カ該不足額ニ付キ各破産債權者ヨリ執行ヲ受クルコトナキモノト爲シタリ故ニ該制度ハ配當ト通常トノ中間ニ在ル性質ヲ有スト謂フヘシ又破産前ニ於ケル合意の協議契約ナル破産當事者間ノ契約ヲ認メ破産宣告以前ニ於テ債權者ト支拂停止ノ債務者トノ契約ヲ以テ破産手續費用ト其緩慢トラ避クルコトヲ得セシメタリ而シテ這ハ當事者間ニ於ケル單純ノ契約ナルヲ以テ通常ノ協議契約ニ於ケルカ如ク裁判所ノ認可ヲ必要トセス又多數決ヲ以テ成立セス承諾ヲ爲シタル債權者ニ對スルニアラスンハ效力ナシ其他ノ效力及ヒ消滅等ハ契約ノ法則及ヒ當事者ノ意思ニ依リ定マルモノタリ協議契約ノ種類

## (一) 意義

協議契約ハ破産財團ノ配當ヲ爲スコトナクシテ開始シタル破産手續ヲ終局セ

シムルノ目的ヲ以テ破産債權者團體ト破産者並ニ破産者ノ爲メニ參加シタル者トノ間ニ締結シ且ツ裁判所ノ認可ヲ經タル訴訟的契約ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 性質 協議契約ハ契約ナルヤ裁判ナルヤ或ハ法規ナルヤハ學者間ニ爭アル問題ナリ協議契約ハ契約ナリトノ學說ハ古來ヨリ學者ノ主張シタル所ニシテ又予輩ノ贊成スル所ナリ該學說ニ從ヘハ協議契約ハ債務ノ免除又ハ履行ノ延期ノ爲メニ多數決ニ依レル破産債權者ト債務者トノ間ニ締結セラレ少數反對ノ債權者又ハ議事ニ參與セザリシ債權者ヲ羈束スルノ效力アリ其理由ハ(1) 獨逸破産法理由書ニモ明言スルカ如ク破産ニ因リテ破産債權者ハ法律上團體關係ヲ組成ス而シテ斯ル團體關係ニ於テハ強制的多數決ノ支配ヲ拒ムコトヲ得サルナリ之ヲ換言スレハ法定要件ノ下ニ於テ多數ノ意思カ總員ノ意思ト同一價值アルコトハ獨リ協議契約ニ於ケル特別ノ現象ノミナラス會社ノ定款ニ基ク多數決債權者集會ニ於ケル多數決ニ於テ之ヲ見ル(2) 反對少數ノ債權者カ多數決ニ羈束セラルルハ裁判所ノ認可カ少數反對ノ債權者ノ同意ニ代リ又出

頭セナル債權者カ多數決ニ羈束セラルルハ多數決ニ同意ナリトノ擬制ニ因リテ成立スル懈怠ノ結果タリ

協議契約ハ裁判ナリトノ學說ハ獨逸ノシユルツエ氏カ首唱シタル所ニシテ裁判所ノ認可即チ破産の請求ヲ裁判其モノニ於テ確定シタル方法ニ於テ終局スルコトヲ認メタル裁判カ即チ協議契約タリ破産者ノ爲ス協議契約ノ提供ハ裁判ヲ求ムルノ申立ニシテ法定要件ノ下ニ於テ成立シタル破産債權者ノ多數ノ意思表示ハ契約上ノ意思表示ニアラスシテ協議契約ナル裁判ヲ下スノ理由標準タリトノ論旨ニ基ケリ此學說ハ協議契約ヲ契約ト爲スニ於テハ少數反對ノ債權者ヲ羈束スル法理ヲ説明スルニ足ラストノ思想ニ基因シタルモノナルヘシト雖モ協議契約ニ關スル沿革法理ニ反シ法律カ協議契約ノ至要ノ要素ト認メタルモノヲ隱蔽シ至要ノ要素ト認メサル裁判所ノ認可ニ重キヲ置クノ缺點アリ又裁判所ハ當事者間ニ效力ヲ有スルニ止マルヲ以テ協議契約ヲ裁判ト爲スモ少數反對ノ債權者ヲ羈束スル法理ヲ説明セス故ニ多數ノ學者ノ反對スル所ナリ

協議契約ハ契約ニアラス裁判ニアラス事實トシテ破産者ノ提供債權者集會ノ

決議及ヒ破産裁判所ノ認可ナル法定事實カ發生シタルトキハ該三法律の行爲ノ併合ニ因リテ協議契約ヲ爲シ少數反對ノ債權者カ認可セラレタル協議契約ニ羈束セラルルハ直接ニ法規其モノニ依從スルモノナリトノ學說ハ専ラ獨逸ノエツケル氏等ノ唱フル所ナリ此學說ハ協議契約ノ性質ヲ説明セスシテ法定事實ニ對シ如何ナル行爲ナルヤノ論結ヲ爲スコトナクシテ満足シタルモノナリ而シテ法律上論結ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ斯ル消極的觀念ヲ以テ満足スルコトハ已ムヲ得サルヘシト雖モ協議契約ハ契約トシテ法律上正當ニ説明スルコトヲ得ルヲ以テ斯ル消極的觀念ヲ墨守スルコトハ失當ナリ故ニ此說ハ多數學者ノ採ラサル所ナリ

協議契約ハ民事訴訟法ニ於ケル和解ト同シク一ノ訴訟的契約ナリ破産關係即チ訴訟關係ノ消滅ヲ目的トスル訴訟的契約ナリ訴訟ノ目的ヲ成ルヘク容易ニ且ツ適切ニ達スルカ爲メニスル訴訟的契約タリ故ニ契約ニ關スル民法ノ規定ハ破産法ニ於テ別段ノ規定ナキ場合ニアラスンハ協議契約ニ準用セラレス又協議契約ハ一方ニ於テハ破産者カ債權者ニ對シ或程度ニ於テ債務ヲ履行スヘ

キ旨ヲ約シ他ノ一方ニ於テハ破産債權者團體カ破産手續開始ニ因リテ破産者ノ財産ニ付キ取得シタル權利ヲ拋棄シ且ツ各破産債權者トシテ有スル破産手續終局以後ニ於ケル執行權ヲ拋棄スルノ内容ヲ有ス故ニ債權ノ一部免除又ハ履行ノ延期スルコトアリ或ハ同時ニ免除及ヒ延期スルコトアリ然レトモ之カ爲メニ協諾契約ヲ債務免除ノ契約ナリト速斷スヘカラス蓋シ協諾契約ハ民法上免除ノ效力ヲ破産手續終局ノ效力ト同時ニ並ヒ生セシムル訴訟的契約ナレハナリ其他協諾契約ハ我民法ノ所謂和解ノ種類ニ屬セス蓋シ我民法ハ和解ノ範圍ヲ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル法律關係ニ付テノ爭ヲ止ムルコトヲ目的トスル契約ニ制限シ獨逸民法第七百七十九條ニ於ケルカ如ク法律關係ノ不明瞭又請求ハ實行ニ關スル不確實ノ除去ヲ目的トスル契約ヲ和解ト認メサレハナリ又協諾契約ハ贈與ノ種類ニ屬セス故ニ債權ヲ處分スルノ權利ヲ有スル者ハ有效ニ協諾契約ノ締結ニ參加スルコトヲ得免除和解及ヒ贈與ヲ爲スニ付テノ前提條件ノ存スルコトヲ要セス「ブルストライ」氏ハ協諾契約ハ公法的要素トシテ共同利益ノ爲メニ多數決ニ服從スヘキ義務ヲ負ヒ私法的要

素トシテハ破産者ト債權者トノ間ニ自由ニ取結ヒタル和解契約ナリト曰ヘリ  
(B) 當事者 協諾契約ハ一ノ契約ナルヲ以テ其成立ニ付キ當事者ノ存スルコトヲ要スルヤ言フ埃タス而シテ當事者ノ一方ハ破産者タルコト疑ナシト雖モ他ノ一方カ何人ナルヤニ關シテハ學者間ニ爭アル所ナリ破産手續ノ開始ニ因リテ破産債權者團體ノ發生スルコトヲ否認スル學者ハ多數ノ各債權者カ結約者ナリト主張シ且ツ此派ニ屬スル「フツチング」「エンデマン」氏等ノ如キハ協諾契約カ少數反對ノ債權者ヲ法律上代理スルカ故ナリト主張シ又「ベールゼン」「クラインフヘルレル」氏等ノ如キハ協諾契約カ當事者ト爲ラサル少數反對ノ債權者ヲ羈束スル理由ヲ説明シテ立法者ノ命令ニ基クト主張シタリ又破産手續ノ開始ニ因リテ破産債權者團體ノ發生ヲ是認スル學者殊ニ「キフヘルド」「ワツハ」氏等ハ破産債權者團體カ結約者ナリト主張シ協諾契約カ總破産債權者ニ對シ又ハ其爲メニ效力ヲ有スル理由ハ破産債權者團體カ其機關タル債權者集會ニ依リテ破産者ノ申込ヲ承諾シタルニ在リト説明シタリ然レトモ獨リ「コーレ」氏ハ一方ニ於テハ破産債權者團體關係ノ存在ヲ認メ他ノ一方ニ於テハ破産



債權者カ團體トシテニアラスシテ却テ單獨ニテ協議契約ヲ締結ス而シテ該契約カ少數反對ノ債權者ノ利益及ヒ不利益ニ於テ效力ヲ有スル理由ハ該契約カ合一的ニ效力ヲ生スルコトヲ得ヘキ差押關係ノ消滅ヲ目的トスル訴訟的契約ナレハナリト云フニ在ルモノノ如シ余輩ハゾキフヘルド氏ノ見解ヲ以テ最モ正當ト信ス蓋シ法定代理說ハ法定代理ノ觀念ニ反スルヲ以テ又法律ノ規定說ハ毫モ説明ト爲ラサルヲ以テ破産債權者團體ノ存在ヲ否認スル學說ハ正當ニ協議契約カ少數反對ノ破産者ヲ羈束スル法理ヲ説明スルニ適セサレハナリ是ヲ以テ債權者集會ニ於テ各破産債權者カ破産者ノ協議契約ノ提供ニ付キ爲シタル賛否ニ關スル意思表示ハ申込ニ對スル承諾若クハ拒絕ニアラスシテ決議ニ關スル意思ノ表示タリ適法ノ多數決ニテ成立シタル債權者集會ノ決議力申込ニ對スル承諾若クハ拒絕ナリト知ルヘシ

協議契約ノ民法的效果ヲ擔保スル保證人ハ訴訟的契約タル協議契約ノ締結者タリ蓋シ該契約ニ因リテ破産關係ヲ終了スルヲ以テナリ故ニ民法上ノ效力タル擔保責任ヲ負フト同時ニ訴訟上ノ效力トシテ總テ破産債權者殊ニ破産債權

ノ届出ヲ爲ササリシ債權者ニ對シ責任ヲ負フ

(C) 認可 協議契約ノ成立ニハ破産裁判所ノ認可ヲ要ス此認可ハ一ノ警察的行爲ニ屬シ訴訟的契約ヲ法律上完成セシムルカ爲メニ新事物ヲ設定スル決定ニシテ既存ノ事物ヲ確定スルノ意味ニ於ケル裁判即チ破産手續ノ終局ニ關スル破産者ノ權利ニ付キ爲シタル認定的裁判ニアラス蓋シ協議契約ハ破産債權者ヲ詐害スルノ目的ニテ濫用セラレ立法ノ精神ニ背馳スルコトアルヲ以テナリ是ヲ以テ破産裁判所ハ協議契約カ公益ニ觸ルル所ナキカ法定要件ヲ缺キタル所ナキヤヲ調査シ斯ル缺點ノ存セサル場合ニ於テ認可ヲ爲ス而シテ斯ル警察上ノ目的ヲ達セシムルカ爲メニハ決定ナル訴訟的形式ヲ以テスルヲ適當トス是ヲ以テ法律ハ訴訟的形式ニ於テ協議契約ノ認可ヲ扱ハシム

認可ハ訴訟的契約ヲ法律上完成セシムル目的ノ爲メニ存スル設定的裁判ナルヲ以テ協議契約ノ訴訟的及ヒ民法的效力ハ裁判所ノ認可ニ因リテ發生ス故ニ裁判所ノ認可アリタル以上ハ縱令前提要件ニ錯誤ノ存スル場合ト雖モ協議契約タルノ效力ヲ有ス然レトモ裁判官カ錯誤ニテ第三者ヲ協議契約上ノ保證人

ト前提シテ認可ヲ與ヘタルトキハ認可ハ無効ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ第三者ハ斯ル認可アリタルニ因リテ協議契約ニ羈束セラルルノ理ナク且ツ協議契約ノ效果ハ關聯シテ分離スルコト能ハサルモノナレハナリ

## (二) 成立

協議契約ハ裁判所ノ認可ニ因リテ破産者ト破産債權者團體トノ間ニ於テ締結セラルル契約ナルヲ以テ其成立ニ關シ破産者ノ提供即チ申込破産債權者團體ノ可決即チ承諾及ヒ裁判所ノ認可ヲ要件トスルヤ言フ埃タス左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 提供 協議契約ノ提供ハ法律上ノ義務ヲ履行シ且ツ有罪破産ノ判決ヲ受クス又ハ其審問中ニ在ラサル破産者カ法定ハ方法ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノタリ

(a) 協議契約ハ主トシテ破産者ノ利益ノ爲メニ存ス(第一〇三八條)……破産者ニシテ……獨逸破産法第一七三條)故ニ唯破産者ノミカ協議契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得管財人各破産債權者及ヒ破産主任官等ハ之ヲ爲スコトヲ得但シ破

産者ニ對シ協議契約ノ申込ヲ爲スヘキ旨ヲ勸誘スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス是ヲ以テ破産者カ訴訟能力者ナルトキハ其本人又ハ其相續人カ協議契約ノ提供ヲ爲スコトヲ得破産者カ法人其他訴訟無能力者ナルトキハ其法定代理人カ破産者ニ代リテ其權利タル協議契約ノ提供ヲ爲スモノト知ルヘシ(破産者ノ遺産相續人カ數人アル場合ニ於テハ該相續人カ一致スルニアラスンハ協議契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得サルヘシ獨逸破産法第二百三十條第一項我民法第一千三條參考)

協議契約ハ破産者ノ財産關係ノ量定ニ付キ十分ナル權限ヲ缺クノ事情ノ存スル場合ニ於テハ之ヲ許スコトヲ得ス破産者カ法律上ノ義務ヲ履行セス或ハ有罪破産ノ判決ヲ受ケ其他審問中ニ在ル場合ハ前示ノ事情ノ存スル場合ニ外ナラサルヲ以テ協議契約ノ締結ヲ許サス隨テ斯ル破産者ハ協議契約ノ提供ヲ爲スコトヲ許サス(協議契約ハ善良ナル破産者ノ不幸ヲ救済スルカ爲メナリ故ニ法律上ノ義務ヲ履行セス或ハ有罪破産ノ判決ヲ受ケ其他審問中ニ在ル破産者ニ對シテハ協議契約ヲ許スノ價值ナシトノ論旨ハ不當ナルニ似タリ何トナレ

ハ協賛契約ハ獨リ破産者ノ利益ノ爲メニスルノミナラス又破産債權者ノ利益ノ爲メニスルモノナレハナリ(第一〇三八條)獨逸破産法第一七五條法律上ノ義務ヲ履行セサル破産者トハ商法第九百七十九條第九百九十條第九百九十一條第一千二百條第一千三十五條等ノ規定ニ反シタル破産者タリ(獨逸破産法第一七五條第一項)有罪破産ノ確定判決ヲ受ケタル破産者トハ詐欺破産者及ヒ過怠破産者トシテ罰セラレタル者タリ(千八百七年ノ佛蘭西商法ハ我現行法ト同シク過怠破産者モ亦詐欺破産者ト同シク破産契約ノ申込ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ規定シタレトモ現行佛蘭西商法ハ酷ニ失ストシテ唯詐欺破産者ノミニ制限シタリ(佛蘭西商法第五一一條)獨逸破産法第一七五條第三項亦然リ余輩ハ立法上失酷ナルヲ以テ詐欺破産者ニ限定スヘキコトヲ正當ト認ム)有罪破産ノ審問中ニ在ル破産者トハ有罪破産ニ關スル豫審若クハ公判ノ訴訟手續カ整屬セラレタル被告人タリ(獨逸破産法第一七五條第二項)佛蘭西商法第五一〇條ニ於テハ有罪破産ノ確定判決アリタル場合ニ限りテ協賛契約ノ締結ヲ許サス故ニ協賛契約カ裁判所ノ認可ヲ經テ完成シタル後ニ於テ有罪破産ノ判決カ言渡サルルコト

アリ又協賛契約決議ノ際ニ破産者カ詐欺破産ノ審問中ニ在ルコトアリ前者ノ場合ニ於テハ協賛契約カ無効ト爲リ(第一〇四二條)佛蘭西商法第五二〇條後者ノ場合ニ於テハ破産手續進行上ノ延期ヲ認容シタリ蓋シ協賛契約ヲ許スモ後日有罪判決ノ言渡ニ因リ無効ニ歸スルコトアルヘク無罪判決ノ言渡ニ因リ協賛契約カ完全ニ實行セラルルコトアルヘク隨テ協賛契約ノ途ヲ捨テ配當ノ途ニ出ツルハ大ニ不利益ヲ來スコトアルヘキヲ以テ協賛契約ノ採否ヲ決スルコト能ハサルカ故ナリ但シ違ハ破産手續ノ進行ニ遲延ヲ來スヲ以テ法律ハ之カ採決ニ大ナル制限ヲ加ヘタリ斯ル立法例ハ破産手續ノ進行ニ遲滯ヲ來スノ虞アルヲ以テ採用スルコトヲ得サルモノタリ

(b) 協賛契約提供ノ決定方法トシテハ第一ニ破産者ハ準備手續トシテ少クモ第一債權者集會期日ヨリ二十日前ニ協賛契約ノ申立者ヲ破産裁判所ニ提出シ該裁判所ハ之ヲ其書記課ニ備ヘ公衆ノ展閱ニ供シ且ツ其旨ヲ公告ス是レ相手方タル破産債權者團體ニ熟慮ノ期間ヲ與フルカ爲メナリ故ニ申立書ニハ協賛契約提供ノ内容ヲ明示セサルヘカラス而

シテ法律ハ協議契約申立書ノ提出カ唯第一債權者集會期日ヨリ二十日前タルヲ以テ要件ト爲シタルニ止マルカ故ニ債務者ハ該申立書ヲ破産宣告ヲ求ムル申立ト同時ニ提出スルコトヲ妨ケラレヌ又該申立書ハ協議契約ノ準備書面ニ止マリ其提供ニアラサルヲ以テ破産者カ債權者集會ニ於テ協議契約ノ申込ヲ爲ササルトキハ協議契約ノ成立ナシ(第一〇三八條第二項)申立書トアルカ故ニ書面の申立ニ限定スルノ法意ト解スヘカラス破産者ハ口頭ニテ斯ル申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ但シ斯ル場合ニ於テ裁判所書記カ調書ヲ作成シ之ヲ申立書ニ代用スルヤ當然ナリ(佛蘭西商法第五〇四條)獨逸破産法第一七三條、第一七四條、第一七八條、第一七九條

第二ニ破産者ハ通常第一債權者集會ニ於テ主任官ノ認可ヲ經テ協議契約ノ提供ヲ爲ス書面又ハ口頭ニテ主任官ノ認可ヲ經ルコトヲ要スルハ主任官ヲシテ要件ノ當否理由ノ有無ヲ豫斷シ徒ニ債權者集會ノ議事ヲ擾亂セシムルニ止マル破産者ノ行爲ヲ防止スルニ在リ故ニ主任官ハ協議契約ノ提供ヲ形式上及ヒ實體上不當ト認ムル場合ニ於テハ命令ヲ以テ排斥スルコトヲ得第九八三條

第一〇三八條獨逸破産法第一七五條通常第一債權者集會ニ於テ提供スルコトヲ要スルハ債權調査完結後ニアラスンハ破産債權ノ數額及ヒ破産債權者ノ員數ヲ確認スルコト能ハサルヲ以テ破産債權者團體トシテ正確ニ協議契約ノ當否ヲ判定スルコト能ハサルカ故ニ通常ノ債權調査會ヨリ四週日後ニ於テ開會スヘキ第一債權者集會ニ於テ協議契約ノ提供ヲ爲サシムルヲ正當ト認メタルニ在リ故ニ第一債權者集會以後ニ於テ協議契約ノ提供ハ之ヲ許サス是レ破産手續ノ進行ヲ延滞セシムルノ虞アレハナリ但シ十分ノ理由アルトキ即チ破産手續ノ進行ニ多少ノ延滞ヲ來スモ協議契約ノ成立カ當事者ニ利益多キトキハ例外トシテ協議契約ノ提供ヲ許ス(第一〇三八條第一項)佛蘭西商法第五〇七條獨逸破産法第一七三條其他支拂停止ノ日時ノ確定ヲ要ス何トナレハ支拂停止ノ日時ノ確定ノ如何ニ因リ破産者ノ取引ニ影響ヲ及ホシ債權者ノ員數ニ減少ヲ來ス所アルヲ以テナリ

第三ニ協議契約ノ提供ハ一回ニ限リテ之ヲ許シ二回ノ提供ヲ許サス其理由ハ(1)破産手續ノ進行ニ付キ延滞ヲ來ス損害ヲ避ケ(2)破産者カ成ルヘク協議契約

上ノ負擔ノ輕微ナルコトヲ欲スルカ爲メニ試験的ニ數同ノ協諾契約ノ提供ヲ爲スノ弊害ヲ避クルニ在リ(第一〇三八條)獨逸破産法第一七六條)破産者ノ協諾契約ノ提供ヲ破産債權者團體カ承認スルマテハ取消スコトヲ得何トナレハ協諾契約ノ提供ハ一ノ申込ニ外ナラサレハナリ又破産債權者團體カ協諾契約ノ提供ヲ承諾スル以前ニ於テ破産者カ死亡スルトキハ該提供ハ其效ヲ失フ但シ破産者ノ承繼人ハ新ニ内容ヲ同シ又ハ之ヲ異ニスル協諾契約ノ提供ヲ法定ノ方法ヲ經テ爲スコトヲ得ルヤ當然ナリ

(c) 協諾契約ノ提供ニハ其内容トシテ債權者ニ満足ヲ享有セシムル方法及ヒ其擔保方法ヲ明示セサルヘカラス(獨逸破産法第一七三條)協諾契約ハ債務ノ一部免除及ヒ債務ノ履行延期ノ方法ヲ以テ債權者ニ満足ヲ享有セシムルニ外ナラサルカ故ニ協諾契約ノ提供ニハ債務ノ一部免除ノ割合又ハ債務ノ履行延期ノ時間若クハ此二者ヲ明示セサルヘカラス(隨テ斯ル明示ヲ缺ク提供ハ其效ナシ)協諾契約ノ提供ニハ債權者カ代物辨濟ニテ満足ヲ享クル旨ヲ明示スルコトヲ

得其債權者ハ破産債權者ノ二三タルコトアリ又ハ總體タルコトアリ其代物辨濟ノ用ニ供スル破産財團ハ財團ノ二三タルコトアリ又ハ總體タルコトアリ蓋シ破産債權者ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財産又ハ全部ノ財産ヲ自己ニ移轉セシメ之ヲ裁判外ニテ配當シ或ハ破産債權者中ノ一人カ破産財團全部ヲ取得シ之ト同時ニ他ノ破産債權者ニ對シ特定ノ割合ニ於ケル満足ヲ享有セシムル債務ヲ負フ旨ノ協諾契約ヲ締結スルコトヲ得レハナリ其他協諾契約ノ提供ニハ第三者カ破産者ノ連帶債務者トシテ又ハ保證人トシテ債權者ニ其満足ノ享有ヲ擔保スル旨ヲ明示スルコトヲ得ヘシ然レトモ停止條件若クハ解除條件ニテ爲ス協諾契約ノ提供ハ法律ノ許ササル所ナリ蓋シ條件附提供ハ協諾契約ノ締結ヲ條件ニ繋ラシム隨テ破産手續ノ終局ヲ條件ニ繋ラシメテ不確實ト爲ルヲ以テナリ(獨逸ノ「コーレル」氏ハ反對説ヲ主張セリ)又始期ヲ附シタル協諾契約ノ提供ハ該期日ノ到來マテハ其效ヲ生スルコトナク終期ヲ附シタル協諾契約ノ提供ハ破産者カ何時ニテモ該提供ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニ終期ノ實效ナシ



## (B) 承諾

協賛契約ノ承諾ハ破産債權者團體カ法定ノ方法ニ基キテ之ヲ爲ス

(a) 協賛契約ノ相手方ハ破産債權者團體タルコト前述ノ如シ故ニ其期間タル債權者集會ニ於テ承諾ニ關スル意思ヲ表示シ協賛契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ノ終局ヲ目的トスルモノナルコト前述ノ如シ故ニ協賛契約ノ提供ニ關スル承諾ノ意思表示ニ付テノ議事ハ配當ニ依ル破産手續終局ノ決議認可以前ニ於テ爲スコトヲ要ス

## b) 協賛契約締結ノ法定方法トシテハ

第一ニ破産者若クハ其代理人カ集會期日ニ出頭シテ協賛契約ノ提供ヲ爲ササルヘカラス然ラスンハ協賛契約ノ提供ナキヲ以テ協賛契約ノ成立スルコトナクシテ集會期日カ終了スレ協賛契約ニ關スル手續カ口頭タルコトヲ要スルカ爲メナリ但シ破産者ノ期日ノ懈怠カ已ムコトヲ得サルノ理由ニ基クトキハ延期スルコトヲ得ヘシ破産者ノ爲メニ協賛契約ニ參加スル第三者又集會期日ニ於テ擔保ヲ爲ス旨ヲ申立テサルヘカラス而シテ此第三者ハ本人ニテ又ハ代

人ニテ集會期日ニ出頭スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タズニ關スル協賛契約ノ提供カ其申立書ニ記載シタルモノト内容ヲ異ニスルコトアリ斯ル場合ニ於テハ該内容ノ變更ハ破産債權者團體ノ利益ニ歸スルヤ否ヤヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ協賛契約ノ提供トシテ之ヲ取扱フコトヲ得ヘシト雖モ後者ノ場合ニ於テハ縱令集會期日ニ出頭シタル總破産債權者カ可決シタルトキト雖モ協賛契約ヲ締結スルニ足ル提供トシテ取扱フコトヲ得ス何トナレハ期日ニ出頭セサル者ニ不利益ヲ被ラシムル法則ハ斯ル場合即チ關席判決ヲ爲ス場合ニアラサル場合ニ適用ナケレハナリ

第二ニ債權者ノ集會ニ參加スルコトヲ得ル各債權者カ協賛契約ノ締結ノ當否ヲ決議ス蓋シ協賛契約締結ノ當否ハ一ノ會議事項ナレハナリ故ニ(1)集會ニ參加スルコトヲ得ル債權者ハ破産者ノ親族又ハ配偶者タルノ理由ヲ以テ協賛契約ノ決議ニ參加スルコトヲ妨ケラレス然レトモ此種ノ債權者ハ破産者トノ情實上之ニ利益ナル協賛契約締結ニ容易ニ賛成スルノ虞アリ是ヲ以テ破産裁判所ハ認可ノ際ニ嚴重ナル調査ヲ爲スヘキモノナリ(第一〇四一條第二項)(瑞西

破産法第二三九條第二項第三〇九條智利商法第一四六〇條末項匈牙利破産法(第二一二條第二項等)ノ如キハ破産者ト親族上ノ關係アル債權者ニ對シ協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ加ハルノ權利ヲ認メタリシ獨逸破産法佛蘭西商法等ハ我商法ト同シク反對ノ立法ヲ爲シ破産裁判所ヲシテ認可ノ際ニ嚴重ナル調査ヲ爲サシム(2)優先權ノ確定シタル債權者ハ其優先權ヲ拋棄スル限度又ハ其不足ノ限度ニ於テ協議契約ノ締結ノ決議ニ加ハルコトヲ得而シテ優先權アル債權者ハ協議契約締結ノ決議ニ加ハリタルカ爲メニ優先權ヲ喪失スルコトナキハ我破産法ノ解釋トシテ特ニ明文ナキヲ以テ疑ナキ所ナリ(佛蘭西商法第五〇八條白耳義商法第五一三條伊太利商法第八三四條等ハ優先權ヲ喪失セシメ英吉利破産法第九條乃至第一七條埃太利破産法第二一三條第二一四條)及ヒ獨逸破産法第八八條ハ反對ニ立法シテ優先權ヲ拋棄セシテ破産債權全額ニ付キ協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ参加シタルハ一ノ錯誤ナリ錯誤ノ爲メニ優先權ヲ喪失セシムルハ不當ナルヲ以テ佛蘭西派ノ立法例ノ失當ナルコト明白ナリ(3)管財人ニシテ債權者タルモノ亦協議契約ノ締結ニ關スル決議ニ参加ス

ルコトヲ得智利商法第一四六〇條ハ反對ニ立法シタリ

第三ニ協議契約ノ承諾ニハ特別ノ多數決即チ總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル出席員ノ過半数ノ可決ヲ要ス(第一〇三九條第一項)各國破産法ハ協議契約ノ承諾ニ付テ多數決ノ制度ヲ認メタレトモ多數決ノ程度ヲ同シウセス佛蘭西商法第五百七條獨逸破産法第八十二條白耳義商法第五百十二條第二項伊太利商法第八百三十三條第一項等ハ佛蘭西商法ト立法例ヲ同シウスル特別ノ多數決ヲ要スルハ協議契約ノ成立カ當事者ニ重大ナル利害關係アルヲ以テナリ債權額ト債權者ノ員數トノ多數決ヲ要スルハ少額多數ノ債權者タハ多額少數ノ債權者ニ協議契約ノ締結ニ關スル全權ヲ掌握セサシムルノ法意ナリ總債權額即チ出席シタル債權者ノ有スル債權額ニアラスシテ届出タル債權額ノ四分ノ三ニ當ル多數決ヲ要スルハ期日ニ出頭セサル債權者ノ利益ヲ擔保スルノ法意ニシテ又議決權アル債權者ノ過半数ニアラスシテ集會期日ニ出席シタル議決權アル債權者ノ過半数ニ當ル多數決ヲ要スルハ商法第一千三十六條前段ニ同一法意ニ出テ且ツ協議契約ノ成否ヲ債權者ノ多數ノ怠慢ニ係ラシメサル

ノ法意ニ出ツ而シテ債權者カ期日ニ出席シタルモ協議契約ノ成立ニ付キ賛否ノ意思ヲ表示セス若クハ該意思ノ表示カ無効ナルトキハ該表示ヲ承諾ノ計算ニ入ルコトヲ得ス何トナレハ法律ハ協議契約ノ承諾トシテ議決權ヲ有シ且ツ有效ニ該權利ヲ行使シタル債權者ノ過半数數カ明示的ニ協議契約ノ成立ニ賛成シタルコトヲ要シタレハナリ隨テ協議契約ノ利益ヲ害ストノ理由ヲ以テ賛否ノ意思ヲ表示セサル者ハ其表示以前ニ退席シタル者ト同シク出頭セサル者ト認ムヘシトノ論旨ハ正當ト謂フヘカラス

總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル出席債權者ノ過半数カ協議契約ノ締結ヲ可決シタルトキハ協議契約ノ提供ニ對スル破産債權者團體ノ承諾ヲ爲シ唯裁判所ノ認可手續カ終了セサルノミ故ニ破産當事者ニ於テハ完全ニ協議契約カ成立シ各當事者ヲ羈束ス隨テ破産者ハ爾後協議契約ノ提供ヲ自由ニ取消スコトヲ得ス又破産者カ死亡スルモ協議契約ニ何等ノ影響スル所ナシ之ニ反シテ協議契約ノ提供ニ對シ總債權額ノ四分ノ三ニ當ラサル出席債權者過半数ノ決議總債權額ノ四分ノ三ニ當ルモ出席債權者ノ過半数ニ充タサル決議若クハ總債權

額ノ四分ノ三ニ當ラス出席債權者ノ過半数ニ充タサル決議カ成立シタルトキハ協議契約ノ提供カ拒絕セラレタルモノト爲ル而シテ協議契約ノ提供ハ前述ノ如ク一回ニ限り許サルヘキモノナルヲ以テ第一〇三八條第一項佛蘭西商法第五二九條第一項獨逸破産法第一七六條協議契約ノ提供カ一旦拒絕セラレタル以上ハ爾後如何ナル事情ノ變更ヲ來スモ協議契約ヲ以テ破産手續ヲ終局スルコトヲ得サルハ是レ立法上嚴格ニ失スト謂ハサルヲ得ス(獨逸破産法第一八二條ハ總債權額ノ四分ノ三以上ニ當ル多數決又ハ出席債權者ノ過半数ニ達シタル多數決カ成立シタル場合ニ於テハ破産者ノ利益ノ爲メニ之ニ期日ノ終局ニ至ルマテ一回限ノ決議再施ヲ新期日ニ爲スヘキ旨ヲ申請スルコトヲ得セシメ又佛蘭西商法第五〇九條奧太利破産法第二一八條第二一九條伊太利商法(第八三五條)耳義商法第五一五條等ニ於テハ必ス新期日ニ於テ決議ヲ再施スルコトヲ要シタリ決議再施ノ期日ニ於テハ以前ノ期日ニ出頭セサル債權者ハ出頭シテ賛否ニ加ハリ又以前ノ期日ニ出頭シテ決議權ヲ行使シタル債權者ハ前ノ賛否ニ拘ラス自由ニ賛否ヲ爲スコトヲ得蓋シ以前ノ期日以後ノ期日ト

ニ於テ必スシモ其事情ヲ同シウスルモノニアラサレハナリ而シテ決議再施ノ期日ニ於テ適法ノ多數決ニ達セサルトキハ協議契約提供ノ拒絶ト爲リ更ニ決議再施ヲ爲スコトナシ是レ破産手続ノ進行ニ延滞ヲ來スヲ以テナリ

(c) 協議契約ノ提供ニ關スル議決手續ノ進行ノ大要該提供ノ變更、議決ノ結果及ヒ決議ニ加ハリタル債權者ノ氏名並ニ其賛成ハ之ヲ債權者集會ノ調査ニ記載セサルヘカラス(民事訴訟法第一二九條乃至第一三二條而シテ該調査ハ一ノ公正證書ナレハ其反對ヲ證スルニハ偽造ノ申立ニ依ラサルヘカラス

(C) 認可

協議契約ノ提供ニ對スル承諾ニ因リテ破産者參加第三者及ヒ破産債權者團體トノ間ニ契約力成立シ各當事者ハ自由ニ之ヲ取消スコトヲ得ス而〇四〇條前シテ該契約ハ協議契約トシテ有效ナルニハ尙ホ破産裁判所ノ認可ヲ要ス第一段、過破産法第一八四條第一項其理由ハ前述シタル所ナリ依テ左ニ認可ニ關スル裁判手續ヲ略述スヘシ

(a) 認可ニ關スル裁判ノ前手續 破産裁判所ハ破産者各破産債權者及ヒ管財

人ノ申立ニ因リ契約ノ成立後十日ノ期間満了後ニ於テ主任官ノ意見ヲ聽キ決定ノ形式ヲ以テ協議契約ノ認可ニ關スル裁判ヲ爲ス故ニ認可ニ關スル裁判ノ前手續トシテ第一ニ破産者各破産債權者及ヒ管財人ノ申立アル要ス破産者及ヒ各破産債權者ハ利害關係者トシテ又管財人ハ執行機關トシテ認可ヲ求ムルノ申立權ヲ有ス申立ノ方式及ヒ其期間ハ法定セサル所ナリ是レ右申立人ノ便宜ニ委スルノ任意ナリ故ニ申立ハ書面又ハ口頭ニテ爲スコトヲ得ヘシ我商法草案理由書ニ依レハ破産裁判所ハ申立ニ因ラスシテ職權ヲ以テ認可ニ關スル裁判ヲ爲スモノノ如シト雖モ法律上明文ナキヲ以テ不告不理ノ原則ニ基キ申立ニ因リテ認可ニ關スル裁判ヲ爲スモノト解スルヲ正當ト認ム(佛蘭西商法第五一三條ニ於テハ協議契約ノ認可ニ付キ利害關係人ノ申立ヲ要シ獨逸破産法(第一八四條第二項)ニ於テハ破産裁判所カ協議契約ノ期日若クハ其期日終結前ニ言渡シタル同期日ノ續行期日ニ於テ債權者管財人等ヲ審議シタル後ニ職權ヲ以テ認可ニ關スル裁判ヲ爲ス)第二ニ破産裁判所ハ契約ノ成立ヨリ十日ノ期間満了シタル後ニアラスンハ認可ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス第一〇四

○條末段是レ協議契約ノ成立ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得管財人亦然リ佛蘭西商法ハ管財人タル職務ノ性質上破産關係者多數ノ利益ニ反スル行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ異議申立權ヲ認メザレトモ我商法ハ起草者ノ說ニ基キ管財人ニ該權ヲ認メタリ蓋シ多數決ハ必スシモ破産關係者全體ノ利益ト謂フヘカラス又不法ノ協議契約ヲ完成セサラシムルヲ要スルヲ以テ管財人ニ新ル申立權ヲ認ムルハ甚タ正當ノ立法ナリト謂フヘシ破産者ハ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ若シ之ヲ許スニ於テハ破産者カ債權者團體ノ承諾シタル契約ヲ契約法ノ原則ニ反シ異議申立ノ形式ヲ以テ取得スルニ至ルヘキヲ以テナリ優先權者假確定ヲ認許セラレタル債權者及ヒ協議契約可決ニ於テ未タ債權ノ確定セサル債權者亦然リ此等ノ者ハ法律ノ保護ヲ要スルニ足ルヘキ利害關係ヲ有セサレハナリ異議ハ理由ヲ付シ協議契約ノ成立後十日内ニ管轄裁判所ニ申立テサルヘカラス而シテ法律上明文ナキモ異議申立書ノ原本ヲ破産者管財人等ニ送達シ防禦方法ヲ準備セシムルヲ適當トス(第一〇三九條第二項佛蘭西商法第五一二條第一項其他破産裁判所ハ主任官ノ演述ヲ聴キタル後

ニアラスンハ認可ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ス其理由ハ前述シタル所ナリ然レトモ裁判以前ニ債權者管財人等ヲ審訊シ之ニ意見ヲ表示スルノ機會ヲ與フト否トハ破産裁判所ノ自由タリ(第一〇四〇條中段佛蘭西商法第五一二條第二項第四五二條)

(b) 認可ニ關スル裁判手續 破産裁判所ノ法定棄却ノ原因其他ハ棄却ノ原因カ存スルト否トニ從ヒテ協議契約ノ認可又ハ棄却ニ付テハ決定ヲ爲シ(第一〇四〇條中段同時ニ異議ノ申立ニ付キ裁判ス)

(1) 破産裁判所カ法定棄却ノ原因ノ外他ノ棄却ノ原因ニ基キテ協議契約ヲ棄却スルノ決定ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ何等ノ明文ナキヲ以テ疑ナキコトヲ得スト雖モ余輩ハ我破産法ノ解釋トシテ我商法第一〇四一條ハ佛蘭西商法第五一五條ト同シク例示ノニ法定棄却ノ原因ヲ規定シタルニ止マリ他ノ原因ニ基キテ棄却ノ決定ヲ爲スコトヲ得ストノ法意ニアラス隨テ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス(獨逸破産法ハ第百八十七條ノ後段ニ於テ裁判所ノ自由判斷ニ繫ル法定棄却ノ原因ヲ掲ケタルノ外法定棄却原因ノ存スル場合ニハ必ス破産裁



判所ヲシテ協議契約ノ棄却決定ヲ爲サシメ反對ノ場合ニハ該決定ヲ爲スコトヲ得テラレメタリ而シテ其棄却原因ニ職權ヲ以テスルモノト申立ニ因ルモノトノ二者アリ(獨逸破産法第一八六條第一八七條第一八八條)協議契約ニ關スル法定棄却ハ原因第一〇四一條ノ第一ハ協議契約ノ成立ニ際シ商法第三十八條及ヒ第三十九條ノ規定ヲ踐行セサルトキ是ナリ(獨逸破産法第一八六條第一項第一七三條乃至第一八三條第二一一條第一項第二三〇條)蓋シ法意ニ伴ハサル協議契約ナルヲ以テ之ヲ認可セサルヲ當然トス其第二ハ協議契約ニ依リ或債權者カ其承諾ナクシテ偏頗ノ處置ヲ受ケ損害ヲ被ルトキ是ナリ抑モ破産手續ハ各破産債權者ニ平等の満足ヲ得セシムルコトヲ目的トスルヲ以テ協議契約ノ内容トシテ各破産債權者ノ權利カ同等ナルコトヲ要ス故ニ甲破産債權者カ協議契約ニ依リ乙破産債權者ヨリモ多額ノ割合ニ於ケル金額ヲ受取リ優等ナル擔保ヲ供セラレ又ハ支拂期日カ近キニ在ルカ如キ優先ノ取扱ヲ受ケタルカ如キ場合ニ於テハ協議契約ヲ認可スルヲ得ス但シ各破産債權者ヲ不平等視スルノ禁止法ハ劣等ノ取扱ヲ受ケタル債權者カ該取

扱ヲ受ケタルコトヲ承諾シタル場合ニ於テモ行ハルヘキ絶對的法規ニアラス斯ル債權者カ其承諾上劣等ノ取扱ヲ受ケタルハ敢テ妨ナキ所ニシテ法律ハ一私人ノ意思ニ反シテ其利益ヲ保護スルモノニアラス是レ法律カ其承諾ナクシテト云フ所以ナリ(獨逸破産法第一八一條其第三ハ協議契約カ詐欺其他不正ノ方法ヲ以テ成リタルトキ是ナリ詐欺トハ錯誤ノ故意ノ挑發又ハ其利用ニシテ破産者カ貸方ヲ隱蔽シ借方ヲ偽記スカ如キハ之ニ屬シ第一〇五〇條又不正ノ方法トハ普通ノ觀念上排斥スヘキ各種ノ手段ニシテ破産者カ賄賂ヲ贈リ又ハ特定ノ債權者ニ特別ノ利益ヲ供スルノ密約ヲ爲シ(協議契約ニ依リテ特種ノ債權者ヲ優待スルノ事項ハ商法第四十一條第二項ノ支配スル所ナリ)協議契約ヲ成立セシムルカ爲メニ破産債權者ノ債權ヲ買收シ又ハ之ヲ分類スルカ如キハ之ニ屬ス第三者殊ニ破産者ノ朋友親族等ノ詐欺其他ノ不正ノ方法ニ因リテ協議契約ヲ爲シタル場合亦然リ是レ商法第四十一條第三項ニ於テ破産者ノ行爲ヲ限定スヘキ旨ヲ規定セサル所以ナリ而シテ斯ル不正ノ方法ニ因リテ成リタル協議契約ハ議決ノ嚴正ヲ害シ法意ニ伴ハサルモノヲ以テ之ヲ認可スヘカラサル

ヤ勿論ナリ然レトモ詐欺其他ノ不正ノ方法ナクテ法定ノ多數決カ成立スヘキモノナルトキハ此等ノ方法カ協議契約ノ認可ニ影響スル所ナカルヘシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ詐欺其他ノ不正ノ方法カ多數決ヲ成立セシメタル原因ト爲ラサルヲ以テナリ第三者カ自己ノ資金ヲ以テ破産債權者中ノ或者ニ辨濟ヲ爲シ以テ協議契約ノ成立ヲ容易ナラシメタルカ如キ事情亦然リ何トナレハ他ノ債權者ノ利益ハ之カ爲メニ害セラレタリシヲ以テナリ其第四ハ協議契約カ公益ニ觸ルルトキ是ナリ破産者カ詐欺取財其他背信罪ノ刑ニ處セラレ又ハ其業務ニ付キ怠慢ナリシコト明白ナル場合ニ於ケルカ如ク破産者カ協議ノ恩典ニ浴スルノ價值ナキ場合ニ於テ協議契約ヲ認可スルハ其濫用ニシテ公益ニ反ス故ニ斯ル場合ニ於テハ協議契約ヲ棄却ス

我商法草案理由書及ヒ獨逸破産法第一八八條第一項第二號ニ依レハ協議契約カ破産債權者ノ一般ノ利益ニ反スルトキ例ヘハ協議契約ニ關スル破産者又ハ第三者ノ履行カ不確實ナルトキ破産債權者ニ對シ破産手續ノ實施カ協議契約ノ終了ヨリモ利益アルトキニ於テ協議契約ヲ棄却スヘキ旨ヲ規定シタリ我現

行破産法ハ「公益」トシ破産債權者ノ一般ノ利益ト規定セサルヲ以テ佛派ノ學說ニ依リタルモノト認メ以上ノ如ク説明シタリ

裁判上協議契約ヲ棄却ハ原因ハ裁判所カ認所スル所ナルヲ以テ其種類ヲ明示スルコトハ爲シ能ハサル所ナレトモ協議契約ノ成立ニ關シ錯誤及ヒ強迫カ存シタルトキ詐欺ニ關シテハ前述ノ説明ヲ參考スヘシ協議契約ノ實行カ破産債權者團體ノ利益ニアラサルトキ協議契約ノ實行カ豫期セラレサルトキハ裁判所

カ協議契約ヲ棄却スルコトヲ得ヘシ

(2) 破産裁判所ハ前述シタル原因ノ有無ニ從ヒ唯協議契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定ノミヲ爲シ(第一〇四〇條中段)其認可又ハ棄却ニ付テノ決定協議契約ノ内容ヲ變更スルノ折衷的裁判ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ協議契約ハ破産者及ヒ破産債權者團體トノ間ニ於ケル契約ニ外ナラサレハナリ(歐洲大陸殊ニ佛蘭西及ヒ獨逸ノ破産法ハ斯ル論旨ヲ是認シタレトモ英吉利破産法第二八條乃至第三一條)ニ於テハ免責命令ト稱シ破産裁判所ヲシテ破産債權者ノ承諾ナクシテ債權者ノ一部ヲ免除スルコトヲ得セシムルノ制度ヲ認メタリ)協議契約ノ認可

又ハ棄却ニ付テノ決定ハ言渡又ハ送達ニ因リ外部ニ對シテ成立ス商法施行條例第二四條民事訴訟法第二四五條獨逸破産法第一八五條商法施行法第一四七條又該決定ニハ理由ヲ付スルコトヲ適當トスルコト前述ノ如シ

(3) 破産裁判所ハ協議契約ニ關スル裁判ト同時ニ異議ノ申立ニ付キ裁判ス是レ迅速ニ事件ヲ終局セシムルノ法意ニ出ツ

(d) 不服申立手續 破産者及ヒ異議申立權者ハ協議契約ノ認可又ハ棄却ノ決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得第一〇四〇條下段商法施行條例第二四條商法施行法第一四七條獨逸破産法第一八九條佛蘭西商法第五一九條第五二八條破産者ハ協議契約棄却ノ決定ニ對シテハ勿論其認可ノ決定ニ對シテモ亦即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ認可セラレタル協議契約ニ錯誤カ存スルカ如キコトアレハナリ但シ協議契約カ破産債權者團體ノ利益ニ關スル規定ニ反シタルコトハ破産者カ協議契約ノ認可決定ニ對スル即時抗告ノ理由ト爲ラス異議申立權者ハ協議契約ノ認可決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論異議申立權者タル協議契約ノ成立ニ賛成シタル債權者モ亦該決定ニ對シ即時

抗告ヲ爲スコトヲ得何トナレハ新ル債權者ニ對シ協議契約ノ認可以後即時抗告ヲ爲スノ理由カ成立スルコトアルヲ以テナリ(例ヘハ認可以後不正行爲ヲ發見シタルノ類)異議申立ノ權利アル者ハ異議申立ヲ爲シタル者ト同一意義ニアラス隨テ異議ノ申立ヲ爲サザリシ債權者ト雖モ苟モ異議申立ノ權利ヲ有スル以上ハ協議契約ノ認可決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得佛蘭西ノリオンカ[及ヒ]ルノ一民カ異議ノ申立ヲ爲サザリシ債權者ハ認可其モノノ不當ナル場合ニアラスハ協議契約ノ認可決定ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得蓋シ若シ反對ニ論セハ異議申立期間ヲ限定シタルノ法意ヲ間接ニ無視スルニ至ルヘシトノ論說ハ我破産法ノ解釋トシテ採ルニ足ラス)即時抗告ヲ申立ツル權ヲ有スル者ハ其期間經過後ニ於テ參加人トシテ抗告ヲ提起シタル權利者ヲ補助スルコトヲ得ルハ言フ族タス(民事訴訟法第五三條獨逸破産法ハ管財人ヲ意見陳述ノ地位ニ立タシメタルカ故ニ管財人ニ抗告申立權ヲ認メス佛蘭西商法ハ管財人カ異議申立權ナキヲ以テ協議契約認可ノ裁判ニ對シテハ不服申立ヲ爲スコトヲ得サレトモ協議契約棄却ノ裁判ニ對シテハ總破産債權者ノ利益ノ爲メ

ニスルノ注意ニ基キテ不服申立ヲ爲スコトヲ得)

抗告裁判所ハ即時抗告ニ付キ口頭辯論ヲ經テ又ハ之ヲ經スシテ裁判ス(民事訴訟法第四六二條前者ノ場合ニ於テハ公告ヲ以テ辯論期日ヲ總利害關係人ニ知ラシメ且ツ破産者其相手方ヲ呼出ササルヘカラス又裁判ヲ言渡ササルヘカラス後者ノ場合ニ於テハ職權ヲ以テ裁判ヲ抗告人ニ送達セサルヘカラス但シ抗告裁判所カ第一審ノ裁判ヲ變更シタル場合ニ於テハ尙ホ該裁判ヲ第一審ニ於テ協議契約ノ認可手續ニ關與シタル者ニ送達セサルヘカラス

(d) 協議契約ノ認可ニ關スル裁判ノ確定 協議契約ノ棄却決定カ確定シ即チ不服ヲ申立ツルコト能ハサルニ至リ且ツ其棄却原因カ補正スルコト能ハサルモノナルトキハ(第一〇四一條破産者各破産債權者及ヒ管財人ハ更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ申立ヲ重スルモ到底其目的ヲ達スルコトナケレハナリ然レトモ協議契約ノ棄却原因カ補正スルコトヲ得ヘキモノナルトキハ形式上ノ缺點更ニ認可ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得蓋シ斯ル場合ニ於テ形式上ノ缺點カ補正セラレタルニモ拘ラス認可ヲ拒絕スル

ハ何等ノ理由ナク且ツ酷ニ失スレハナリ

協議契約ノ認可決定カ確定セタルトキハ破産手續カ實體上終局シ形式上終局セス破産裁判所カ協議契約ノ認可決定ノ確定以後第四十八條ノ規定ニ準シ破産手續ノ終局決定ヲ爲スニ因リテ破産手續ノ形式的終局ヲ來ス獨逸破産法第一九〇條第一項是レ配當ニ依レル破産手續ノ終局ニ付キ決定ヲ爲スト同シク效力ノ確實ナル基礎ヲ定ムルノ注意ニ外ナラス而シテ協議契約ニ依レル破産手續ノ終局決定以前ニ於テ(1)管財人ハ商法第四十八條ノ規定ニ準シ債權者集會ニ於テ職業上ノ計算ヲ爲スヘク(第一〇四三條第一項第一〇四八條獨逸破産法第八七條佛蘭西商法第五百十九條ニ依レハ管財人カ破産主任官ノ面前ニ於テ破産者ニ職業上ノ計算ヲ爲スモノノ如シ)又爭ナキ破産財團上ノ請求權(第一〇三一條及ヒ爭ナキ優先權ヲ以テ擔保セラレタル破産債權ヲ破産財團ヲ以テ辨濟シ又爭アル此二者ノ權利ニ付キ若クハ期限附條件附ナル此二者ノ權利ニ付キ破産財團ヲ以テ辨濟ノ擔保ヲ供スルヲ當然トス(獨逸破産法第一九一條(2)協議契約ニ於テ破産債權者ノ爲メニ認可ノ確定以後終局決定以前ニ於テ

供スヘキ擔保カ約定セラレタルトキハ該擔保ノ給付ヲ實施セサルヘカラス蓋シ斯ル事項ハ破産手續ノ終局ニ關聯スルモノナレハナリ然レトモ斯ル事項ノ終局以前ニ爲シタル破産手續ノ終局決定ヲ無効ナリト論結スヘカラス辨濟若クハ擔保ノ不爲ヨリ損害ヲ受ケタル各人ニ對シ管財人協賛契約ニ於テ約定セラレタル擔保ノ給付ヲ爲サシムルニ付キ責任ヲ負フ者ハ協賛契約ニ於テ特定スレトモ通常管財人カ斯ル責任ヲ負フニ似タリカ損害賠償ノ責ニ任ス協賛契約ニ依レル破産手續ノ終局決定ハ協賛契約ノ認可決定ノ確定ヲ前提要件トス故ニ後者ノ確定以前ニ前者ヲ爲シタルトキハ其效力ノ有無カ條件ニ基ケルコトト爲ル又確定セタル協賛契約認可決定カ再審ノ訴ニ付テノ要件ニ基ケ抗告ニ依リテ(民事訴訟法第四六六條廢棄セラレタルトキハ協賛契約ニ依レル破産手續ノ終局決定モ亦失効ス協賛契約ニ依レル破産手續ノ終局決定ハ配當ニ依レル破産手續ノ終局決定ト同シク破産手續ノ終局方法ナルヲ以テ商法第四千四十八條ニ準シ之ヲ公告シ以テ總利害關係人ニ知ラシメタルヘカラス又ハ其決定ハ有效ニ公告セラレタルニ因リテ效力ヲ發生ス破産法ノ宣告ヲ通知シタル

官廳ニハ又協賛契約ニ依リテ破産手續ノ終局シタル旨ヲ通知スルヲ可トス  
(三) 效力

協賛契約及ヒ之ニ基ク破産手續ノ終局ハ總破産債權者ノ利益及ヒ不利益ニ於テ羈束ノ效力ヲ生シ破産財團ニ對スル破産の差押權ノ消滅ヲ來シ其他次ノ效力ヲ生ス左ニ之ヲ分説スヘシ  
(A) 羈束ノ效力 協賛契約ハ其當事者タル破産者ニ對シテハ勿論總破産債權者ノ利益及ヒ不利益ニ於テ羈束ノ效力ヲ生シ其破産債權者カ破産手續ニ參加シタルト否ト協賛契約ノ決議ニ賛成シタルト否ト集會ニ出席シタルト否ト適當ニ代表セラレタルト否トヲ問ハス是レ協賛契約ノ性質タル一般及ヒ同等ナル觀念ノ然ラシムル所ナリ(協賛契約ノ鞏固ハ債務辨濟ノ要件ナルカ故ニ總破産債權者ニ對シテ必要ナルノミナラス破産者モ亦協賛契約ノ鞏固ナルカ爲メニ更ニ負擔ノ重キ約定ヲ爲シタルモノナルヲ以テ協賛契約カ總破産債權者ニ對シ羈束力ヲ有セタルヘカラス然ラズハ協賛契約ノ鞏固ヲ害スルニ至ラン又法律ハ協賛契約ノ鞏固ヲ欲スルカ爲メニ届出債權力爭ニ係リ爲メニ訴



議中ニ在リテ破産裁判所ヨリ集會ニ參加スルコトヲ許サレタル債權者カ參加シテ協議契約カ成立セタル後判決ヲ以テ該債權カ否認セラレタル場合ニ於テ協議契約ノ當否ヲ不問ニ付シタリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ協議契約ハ其鞏固ノ爲メニ總破産債權者ニ對シ效力ヲ有セサルヘカラサルヤ明瞭ナリ(獨逸破産法第一九三條第一項佛蘭西商法第五一六條瑞西破産法第三一一條等而シテ協議契約ハ債權ノ組織及ヒ其確定ニ影響ヲ及ボスコトト爲シ隨テ債權ノ原因ハ協議契約ノ爲メニ變更セララルコトナシ又協議契約ハ認諾更改佛國人ローレン氏ハ更改ナリト主張スレトモ通説ニアラス)及ヒ各債權ノ原因及ヒ確定ニ關スル和解ヲ包含スルモノニアラスシテ唯破産債權ノ正當ナル成立ヲ前提要件トシ配當ニ依ラスシテ破産關係ヲ消滅セシムル目的ヲ達スルカ爲メニ其主張ニ關スル權利ノミヲ變更スルノミ隨テ破産債權ノ基礎ハ從前ニ於ケルモノト異ナルコトナシ是ヲ以テ破産債權カ其届出ニ因リテ受ケタル變更第九八九條參考其他破産債權ノ評價ハ協議契約ニ於テ準據スヘキモノナレトモ届出ヲ爲ササリシ破産債權ハ協議契約成立以後ニ於テ從來ノ體様ヲ以テ該契約ヨリ生シ

タル制限ノ下ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ但シ届出ヲ爲ササリシ破産債權ノ給付カ不可分ニシテ直接ニ協議契約ヨリ生シタル制限即チ割合辨濟ヲ爲スコトヲ得サル場合ニハ給付ヲ金錢ニ評價シ其額ニ從ヒテ協議契約ノ條項ヲ適用スルハ當然ナリ

別除請求權ハ協議契約ノ爲メニ影響ヲ受クルコトナシ然レトモ別除請求權ヲ有スル破産債權者ハ其別除請求權ヲ拋棄シタル限度又ハ別除請求權ヲ行フニ當リ不足アルヘシト推定セララルル限度ニ於テ協議契約ノ效力ヲ對抗セラル(獨逸破産法第一九八條下段破産手續繼續中破産債權者カ其破産債權ヲ破産者ニ對スル債務ト相殺シタルトキハ其相殺ハ亦協議契約ノ爲メニ影響ヲ受クルコトナシ破産手續繼續中ニ於テ自己ノ破産債權ト破産財團ニ屬スル破産者ノ債權ト相殺スルノ權利ヲ有スル破産債權者ハ協議契約ニ依レル破産手續ノ終局以後尙ホ有效ニ相殺權ヲ行使スルコトヲ得蓋シ協議契約ハ斯ル相殺權ヲ喪失セシムルモノニアラサルコト別除權ト同一ナレハナリ其他破産債權ノ性質ヲ有セサル債權者ニ對シテハ協議契約ノ效力ナキヤ言フ埃タス破産手續終局ト

破産財團ヲ破産者ニ引渡スコトヲ目的トスル協賛契約カ破産債權者ニアラサル者ニ效力ヲ有スト云フハ解スヘカラサレハナリ  
羈束ノ效力ハ破産債權者ト破産者ノ共同債務者及ヒ物上擔保トノ關係ニ及ハス獨逸破産法第一九三條蓋シ反對ニ論結セハ對人擔保若クハ物上擔保ヲ有スル者カ其擔保權ノ喪失ヲ恐レ協賛契約ノ成立ヲ妨クルヲ以テナリ

(B) 破産の差押權ノ消滅 協賛契約ハ配當ニ依ラスシテ破産手續ヲ終局スル方法ナルヲ以テ協賛契約ノ完成ニ因リテ破産財團ニ對スル破産の差押權ノ消滅ヲ來シ協賛契約ニ於テ別段ノ規定ナキ限ハ破産者カ破産財團ニ屬スル總財産ニ付キ破産ノ宣告ニ因リテ喪失シタル占有管理及ヒ處分權ヲ回復ス故ニ管財人ハ其職務ヲ罷メ(第一〇四三條第一項佛蘭西商法第五一九條破産者ハ任意ノ管理及ヒ處分ヲ爲メニ該財産ヲ取戻スコトヲ得第一〇四三條第一項獨逸破産法第一九二條協賛契約ニ於テ破産財團ニ對スル破産の差押權カ存續スル旨ヲ約定スルコトヲ得ス何トナレハ破産者カ破産財團ニ付キ任意ノ管理及ヒ處分ヲ爲スコトハ協賛契約ノ要素の效力タルノミナラス破産手續ノ終了以後

破産財團ノ存スルコトナケレハナリ然レトモ協賛契約履行ノ擔保ノ手段トシテ破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ付キ債權の制限(特定人ノ承認ヲ經スシテ特定ノ財産ノ處分ヲ禁止スルノ類)或ハ物權の制限(質權、抵當權等ノ設定ヲ約定スルコトヲ妨ケス)是レ協賛契約ノ偶素の效力ナレハナリ(第一〇四三條第二項)別段ノ定ナキトキニ限リ獨逸破産法第一九二條斯ル場合ニ於テハ破産者カ任意ノ管理及ヒ處分ヲ爲スコトヲ得サルヘク又取戻質權設定ノ場合ヲ爲スコトヲ得サルヘシ其他協賛契約ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ノ全部又ハ其特定財産ヲ總破産債權者若クハ特定ノ破産債權者ニ對シテ物辨濟トシテ交付スル旨ヲ約定スルコトヲ得ヘシ

破産者ノ協賛契約ニ依レル占有管理及ヒ處分權ノ回復ハ協賛契約ノ確定ヨリ發生シ(第一〇四三條)確定シタルトキ……既往ニ遡リテ效力ヲ生セス故ニ協賛契約ノ確定マテニ於テ管財人ノ爲シタル管財人ノ行爲ハ破産者ニ對シ效力ヲ存ス破産者ノ身上的效果ハ協賛契約ノ完成ニ因リテ消滅セス蓋シ該效果ハ唯復權ヲ以テ消滅スルコトヲ得ルノミナレハナリ(第一〇五五條佛蘭西商法第

六〇四條斯ル制度ハ立法上嚴酷ニ失ス(英吉利破産法第二三條第二項ハ協議契約ノ完成ニ因リテ身上の效果ヲ消滅セシメ又伊太利商法(第八三九條西班牙商法第九二一條第九二二條)ハ破産裁判所ヲシテ復權ヲ協議契約實行ノ完結ニ結合スルコトヲ得セシメタリ)

(C) 強制執行禁止ノ除去 破産手續ノ開始ニ因リテ發生シタル各破産債權者ニ對スル各別的執行ノ禁止ナル制限ノ消滅ヲ來シ協議契約ノ内容ニ觸レザル以上ハ各破産債權者其有スル權利ヲ破産手續以外ノ手續ニ從ヒテ主張スルコトヲ得蓋シ協議契約ニ因リテ破産手續ヲ終局スルヲ以テナリ協議契約ノ内容ハ偶素の效力トシテ當事者ノ約定スル所ナレトモ(a)破産者ハ利益ニシテ破産債權者ニ不利ナルモノハ支拂ノ延期及ヒ債務ノ一部免除ノ外ニ出テサルヲ通常トス支拂ノ延期トハ一時債權ノ主張ヲ爲ササルノ行爲ニシテ債務ノ一部免除トハ債權者カ破産の差押權ヲ消滅セシメテ其有スル破産債權ノ一部ニ付キ支拂ヲ受ケ他ノ部分ヲ拋棄スルノ行爲タリ而シテ協議契約ニ於ケル債務ノ一部免除ハ民法上ノ免除ト其性質ヲ同シウセス後者ハ債權者カ其債權ノ全部若ク

ハ一部ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示シ債務者之ヲ承諾スルニ因リテ成立ス故ニ贈與ノ性質ヲ有ス後者ハ免除ノ部分ニ付キ民法の債務ヲ自然債務ニ變性セシムル外ナラサルヲ以テ贈與ノ性質ヲ有セス蓋シ協議契約上ノ免除ハ協議契約ノ成立ニ付キ不賛成ナル債權者ノ意思ニ反シテ其效力ヲ發生スルノミナラス賛成ヲ表シタル債權者ト雖モ破産手續ノ進行上ヨリ生スルコトアルヘキ損害例ヘハ費用時間及ヒ破産財團ノ換價等ニ因リテ生スル損害ヲ避クルカ爲メニ自己ノ利益ノ一部ヲ犠牲ニ供シタルニ外ナラサルヲ以テ贈與ノ成立ニ必要ナル恩惠意思ヲ缺ケハナリ故ニ其結果トシテ(1)民法的免除ハ債務ヲ消滅スルヲ以テ(民法第五一九條其之ニ關スル債權ハ攻撃方法(訴テキ權利即チ自然債務ニ對スル權利トシテモ存在セス協議契約上ノ免除ハ破産者ニ免除額ヲ支拂フノ自然債務ヲ留存セシムルヲ以テ破産者ハ債務ノ元利合額ヲ支拂フニアラスンハ復權ヲ得ス(第一〇五五條佛蘭西商法第六〇四條又破産者カ免除額ヲ債權者ニ交付シタルハ債務ノ辨濟ヲ爲シタルモノニシテ贈與ヲ爲シタルモノニアラス但シ協議契約ニ於テ破産者カ其負ヒタル債務ヲ完済スルニ足ル資産ヲ有スル

ニ至レハ免除ノ效力ナキ旨ノ特約カ存シタルトキハ斯ル條件ノ到来ニ因リテ自然債務カ通常債務ニ變更スルヤ當然タリ(2)民法的免除ハ之ヲ得タル債務者ノ負擔部分ノ全部又ハ一部ニ付キ他ノ共同債務者連帶保證ヲ免責ス民法第四三七條第四五八條佛蘭西民法第一二八七條保證債務ノ消滅ハ主タル債務ノ消滅ニ因リテ明瞭ナリ何トナレハ若シ然ラズンハ共同債務者ハ免除ヲ得タル債務者ニ對シ求償權ヲ行使シ該債務者ヲシテ免除ノ實益ヲ享有セシメタルヲ以テナリ之ニ反シテ協議契約上ノ免除ハ其部分ニ付キ他ノ共同債務者ヲ免責セス其理由ノ第一ハ保證及ヒ連帶等ノ債務關係ヲ成立シタルハ是レ債權者カ債務者ノ破産シタル場合ニ於テ債權ノ履行ヲ擔保セシムルニ外ナラス然ルニ斯ル場合ニ於テ保證連帶等ニ基ケル共同債務者カ破産者ノ得タル免除額ニ付キ免責スト云フハ債權者ノ意思ニ反シ且ツ保證及ヒ連帶等ノ法意ニ反スレハナリ第二ニ協議契約上ノ免除ハ必要ノ免除タリ故ニ斯ル必要ノ理由ノ存スル破産者ニ專屬シ斯ル必要ノ理由ノ存セサル他ノ共同債務者ノ利益ト爲ルモノニアラス第三ニ協議契約上ノ免除ニ於テハ前述ノ如ク自然債務カ成立スルヲ以

テ主タル債務ノ存在ヲ前提トスル保證債務存在ノ妨ト爲ラス(佛蘭西商法第四五三條同民法第二〇一二條)獨逸破産法第一九三條埃太利破産法第二二四條伊太利商法第七九二條白耳義商法第五四一條等(羅馬法曹ボウル氏ハ債權者カ強制免除ニ賛成シタルト否トニ從ヒ他ノ共同債務者ニ對スル權利ノ消長ニ關スル意見ヲ有シ又智利商法第四百八十一條及ヒ瑞西破産法第三百三條ハ債權者カ協議契約ノ成立ニ付キ賛成セサル場合ニ於テノミ他ノ共同債務者ニ對スル權利ヲ全ウスト規定シタリ)其他協議契約ノ内容トシテ破産者カ破産財團ヲ破産債權者ニ移轉シ以テ債務ヲ免ルル旨ノ約定ハ一ノ代物辨濟ニシテ法律ノ禁スル所ニアラス(b)破産債權者ニ利益ナル協議契約ノ偶素の效力ハ保證ノ如キ對人擔保及ヒ質權抵當權ノ如キ物上擔保ノ設定是ナリ第三者ハ破産者ノ爲メニ協議契約ヲ成立セシムル目的ヲ以テ破産者ノ協議契約上ノ債務履行ヲ擔保スルノ保證人ト爲ルコトヲ得斯ル場合ニ於テ保證人ハ破産者カ協議契約ニ於テ負擔シタル程度ニ於テ債務ヲ辨償スヘキ義務ヲ負フ而シテ協議契約成立ノ當時未知ノ債權者カ協議契約ノ成立以後多ク顯ハルルコトナキニシモア

ヲナルヲ以テ過度ノ増加ヲ豫防スルカ爲メニ確保スヘキ債務額ヲ豫定スルヲ利益トス(第一〇四條第二項佛蘭西商法第六三五條協賛契約上ノ債務ノ履行ヲ擔保スルカ爲メニ破産者ノ財産上ニ設定シタル質權、抵當權等ハ破産者カ協賛契約ニ於テ負擔シタル債務支拂ノ範圍内ニ於テ各債權者ニ協賛契約以後ニ於テ破産者ニ對シ債權ヲ取得シタル者ニ優先スルノ利益ヲ享有セシム

(D) 主任官ノ監督 破産主任官ハ協賛契約ノ履行ヲ監督ス是レ破産主任官ヲシテ協賛契約ノ正當ニ履行セラルルヤ否ヤヲ注意セシメ當事者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス(第一〇四條第三項)

#### (四) 消滅

協賛契約ニ關スル廣義ノ消滅又ハ狹義ノ消滅、取消及ヒ解除ノ三アリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 狹義ノ消滅 協賛契約ノ成立以後破産者カ有罪破産ノ確定判決ヲ受ケタルトキハ協賛契約カ當然消滅ス是レ協賛契約ノ要件ヲ缺クニ至ルヲ以テナリ(第一〇四條第一項第一〇三八條第一項此場合ニ於テハ協賛契約ノ爲メニ設

定セラレタル物上擔保及ヒ對人擔保モ亦消滅スルコト商法第千四十四條第二項ノ反對推理及ヒ主ハ從ニ隨フノ原則ノ適用ニ依リ明瞭ナリ(佛蘭西商法第五〇三條埃太利破産法第二四一條普魯西破産法第三〇二條等ハ協賛契約ノ認可後破産者カ詐欺破産我商法ノ如ク過怠破産ヲ包含セスノ確定判決ヲ受ケタルトキハ協賛契約ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲レタリ是レ協賛契約ヲ成立セシムル法意ニ反スルカ故ナリ獨逸破産法第一九七條第一項ハ之ニ反シテ協賛契約ノ成立以後破産者ノ受ケタル詐欺破産ノ確定判決カ顯ハレタルトキハ(有罪ノ確定判決カ協賛契約ノ成立以後ニ存シタルト其以前即チ協賛契約ノ成立ニ際シ看過セラレタルト問ハス)各破産債權者ニ協賛契約ニ因リテ取得シタル權利保護ノ如キヲ喪失スルコトナクシテ協賛契約ニ因リテ不利益ニ歸シタル免除ヲ無効トシテ取扱フコトヲ得セシム是レ一旦有效ニ成立シタル協賛契約ニ因リテ取得シタル破産債權者ノ利益ヲ破産者ノ受ケタル有罪破産ノ確定判決ノ爲メニ喪失セシムルハ甚タ不當ナリトノ法意ニ基ケリ立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム)



協賛契約ノ成立以後破産者ニ對シ有罪破産事件カ發屬シ其審問中(豫審又ハ公判)ニ在ルトキハ一方ニ於テハ免訴又ハ無罪ノ言渡アルマテ協賛契約ノ效力ヲ停止シ第一〇四二條下段他ノ一方ニ於テハ破産裁判所カ各破産債權者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ有罪判決ノ言渡ノ結果トシテ破産手續ノ再施ヲ爲スニ必要ナル保全處分殊ニ財産帳簿書類ノ保管ヲ命スルコトヲ得ヘシ(獨逸破産法第一九七條第二項佛蘭西商法第五二一條是レ有罪破産事件ノ發屬ニ因リテ協賛契約ノ生死ニ疑惑ヲ惹起シタルヲ以テ總テノ債權者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ出ツ

(B) 取消 協賛契約ハ其認可後ト雖モ破産者又ハ第三者ノ詐欺其他不正方法ヲ以テ成リタルトキニ限リ取消スコトヲ得第一〇四二條第二項是レ此等ノ不正方法微セハ協賛契約カ或ハ締結セラレサルカ又ハ他ノ體様ニ於テ締結セラレヘキヲ以テ詐欺其他ノ不正方法ニ干與セサル破産債權者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス隨テ破産裁判所ハ職權ヲ以テ協賛契約ノ取消ヲ爲スコトヲ得又協賛契約ノ履行ヲ擔保スル保證人モ協賛契約ノ取消ヲ申立ツル權ナシ

但シ取消權ヲ有スル債權者ハ取消ノ原因ヲ異議申立ノ形式ヲ以テ協賛契約ノ認可ニ際シ自己ノ過失ニアラスシテ主張シ得サルモノナルコトヲ要ス何トナレハ既ニ一旦異議ノ申立ヲ以テ主張シタル原因ナルニ於テハ確定シタル裁判ヲ再理スルニ至ルヘク又ハ過失ニ因リテ主張セサリシ債權者ハ之ヲ保護スルノ要ナケレハナリ(佛蘭西商法ニ於テハ協賛契約ハ裁判所ノ認可ヲ要スルカ故ニ特別ノ契約ナリシ通常ノ契約ノ如ク強暴錯誤及ヒ詐欺ヲ以テ取消スコトヲ得セシメス唯商法第五百十八條ニ於テ特別ナル詐欺アル場合ニ於テ協賛契約ヲ取消スコトヲ許スノミ是レ協賛契約ハ種種ノ複雜ナル手續ト裁判所ノ認可トヲ要スルヲ以テ該契約ノ確實ナル擔保ハ大ニ悉セリト謂フヘシ然ルニ協賛契約ヲ以テ容易ニ取消ノ問題ニ係ラシムルニ於テハ費用ト時間トヲ空消スルニ過キストノ觀念ニ基ケルモノト思ハル而シテ協賛契約ノ取消ノ原因タル詐欺ハ債務ノ偽記又ハ財産ノ隱匿ニ因リテ成立シ且ツ裁判所ノ認可以後ニ於テ發見シタルコトヲ要ス蓋シ斯ル詐欺ハ協賛契約ノ締結ニ際シ發見セララルニ於テハ其成立ヲ妨クルニ足リ又有罪破産ノ要素タルモノナルヲ以テ之ニ基キ

詐欺破産ノ判決アリタルトキハ前述ノ如ク協議契約取消ノ原因ト爲ル隨テ破産者ノ死亡ニ因レル公訴權ノ消滅又ハ檢事ノ不行動等ニ基キ前示ノ判決ナキ場合ニ於テ債權者ニ前示ノ詐欺ニ基ク協議契約取消ノ請求權ヲ奪フノ理ナキヲ以テナリ獨逸破産法第一九六條ニ於テハ協議契約カ破産者又ハ第三者ノ詐欺ニ因リテ締結セラレタルトキハ錯誤ニ陷リタル各破産債權者ハ(フツチン)氏カ其破産法論ニ於テ錯誤ニ陷ラサル者ト雖モ取消權アリトノ論旨ハ普通ノ原則ニ反スルモノトシテ「デルンブルグ」氏カ普漏西私法論ニ於テ論難スル所ナリ第一ニ其過失ニアラスシテ取消ノ原因ヲ認可手續ニ於テ主張スルコトヲ得ス第二ニ其賛成ナクハ協議契約ノ提供ニ對シ其成立ニ必要ナル多數決ノ成立セストノ要件ノ下ニ於テ協議契約其モノニアラスシテ單ニ協議契約ニ依リテ生シタル不利益ノ效力即チ免除ノミヲ取消スコトヲ得且ツ協議契約ニ因リテ取得シタル權利ヲ保有スルコトヲ得是レ協議契約ノ取消ヲ許ストキハ其結果トシテ協議契約ニ因リ債權者ノ爲メニ生シタル權利ヲ消滅セシムルカ故ニ債權者保護ノ爲メニスル取消カ却テ其損害ト爲ルノ奇觀ヲ呈スルニ至ルノ

ミナラス甲債權者ノ取消權ノ行使カ他ノ債權者ヲ羈束スルニ至ルカ如キ不當ノ現象ヲ呈スルヲ以テナリ立法論トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム  
取消權實行ノ形式及ヒ期間ハ我商法ノ規定セサル所ナリ然レトモ申請ノ形式ヲ以テ協議契約ノ履行完結以前ニ認可ヲ爲シタル破産裁判所該裁判所カ事件ヲ調査スルニ尤モ便益アリニ對シ異議ノ申立取消權ノ實行ヲ爲スヘキモノナルコトハ商法第千三十九條第千四十條ノ類推解釋トシテ疑ナキ所ナリ(獨逸破産法ニ於テハ破産債權者カ其取消ノ意思ヲ相手方タル破産者ニ對シ裁判上又ハ裁判外ニテ表示スヘキモノト爲スニ似タリ而シテ取消ヲ命シタル裁判カ確定シタルトキハ協議契約ハ法律上存在セサルモノト爲ル隨テ之ニ基キ債權者ノ爲メニ生シタル權利殊ニ協議契約履行ヲ擔保スル抵當質保證モ亦存在セサルコトヲ爲ル從ハ主ニ隨フ取消裁判ノ確定ニ至ルマデ存在シタル法律行為ノ運命ハ後述ノ如ク商法第千四十四條ニ從ヒテ定マルモノタリ  
(C) 解除 破産者カ協議契約ヲ履行セサルトキハ各破産債權者ハ之ヲ解除スルコトヲ得第一〇四四條……不履行ノ爲メ解除……)是レ協議契約ハ一ノ契約ニ

外ナラサルヲ以テナリ(民法第五四一條)商法第三二條解除ノ方法ハ破産法ニ於テ別ニ明文ナキヲ以テ民法ニ依ルノ法意ト解スルヲ正當ト認ム但シ破産手續再施ノ事項ニ付キ解除ノ效力カ一般タルコトハ商法第四十四條ノ法意ニ依リ瞭然タリ(佛蘭西商法第五二〇條伊太利商法第八四三條英吉利破産法第一八四條瑞西破産法第三一五條等ハ方法ト效力トニ於テ多少ノ差異アレトモ我破産法ト同シク不履行ニ基ク協議契約ノ解除ヲ認メタリ是レ雙務契約ニ關スル解除ノ法則ヲ適用シタルニ過キス而シテ佛蘭西商法大案、リオンカン氏ノ説明ニ依レハ佛蘭西ニ於テハ協議契約上ノ權利ニ付キ満足ヲ享有セサル各債權者カ破産者ニ對シ又ハ其相續人ニ協議契約ノ解除ヲ求ムルコトヲ得必要ノ場合ニ於テハ認可ヲ爲シタル裁判所ニ解除ノ請求ヲ爲スコトヲ得其解除ノ效力ハ通知ニ反シテ一般ニシテ總債權者ニ對シテ協議契約カ解除セララルコトト爲ル蓋シ各當事者ニ效力ヲ止ムル解除ハ大ニ煩雜ナルヲ以テナリト獨逸破産法第一九五條ハ不履行ニ基ク協議契約ノ解除ヲ認メス是レ各破産債權者ハ協議契約ノ當事者ニアラサルヲ以テ破産者ノ不履行ニ因リテ各破産債權者

カ協議契約ヲ解除スルコトヲ得ルト云フハ契約上ノ法則ニ反スルノミナラス協議契約ノ繼續問題ハ總破産債權者ノ共同利益ニ基キテ決スヘキモノニシテ協議契約ノ成立後之カ成立ヲ悔ヒタル破産者ノ意思若クハ協議契約ノ成立ニ付キ不賛成ナル破産債權者一私人ノ意思ニ因リテ左右スヘキモノニアラス殊ニ債權者ハ協議契約ノ締結ニ際シ自由ニ履行ノ擔保ヲ設ケ又ハ不履行ノ場合ニ解除スヘキ旨ノ附帶契約ヲ爲シテ十分ニ適當ナル處分ヲ採ルコトヲ得ヘキカ故ニ特約ナキニ拘ラス法律的干涉ヲ以テ協議契約ノ解除ヲ許スヲ失當トストノ觀念ニ基ケリ隨テ獨逸破産法ニ於テハ破産者カ協議契約ヲ履行セサルトキハ債權者ハ強制執行ニ依リテ強制履行ヲ請求スルコトヲ得立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム)

協定ノ履行ノ擔保スルコトヲ得ヘキカ故ニ特約ナキニ拘ラス法律的干涉ヲ以テ協議契約ノ解除ヲ許スヲ失當トストノ觀念ニ基ケリ隨テ獨逸破産法ニ於テハ破産者カ協議契約ヲ履行セサルトキハ債權者ハ強制執行ニ依リテ強制履行ヲ請求スルコトヲ得立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム)

不履行ノ爲メ協議契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ協議契約ノ履行ヲ擔保スルカ爲メニ立テタル保證人ノ義務ヲ免レシメス(第一〇四四條第二項佛蘭西商法第五二〇條白耳義商法第五二三條瑞西破産法第三一五條第一項其理由ハ協議契約解除ノ場合ニ於テハ保證人カ其義務ヲ悉ササルノ責アリト云フニアラス

シテ却テ(1)保證人カ其義務ヲ免レンカ爲メニ破産債權者中ノ或者ト共謀シテ之ヲシテ協諧契約ノ解除ヲ爲サシムルカ如キ弊害ヲ豫防スルニ在リ(2)破産債權者中ノ一人カ爲セタル協諧契約ノ解除ヨリシテ破産債權者總員ニ對スル保證人ノ免責ヲ來スハ失當ナルヲ以テナリ(3)保證ヲ立テタルハ破産者カ協諧契約ノ履行ヲ缺ク場合ニ備フルカ爲メナリ然ルニ斯ル場合ノ到來ニ依リ保證人カ免責スト云フハ破産債權者ノ意思ニ反スト云フニ在リ隨テ解除ノ場合ニ於テ保證人ヲ免責セシメタルハ一方ニ於テハ解除ノ利益ヲ他ノ一方ニ於テハ解除セタル協諧契約ノ利益ヲ債權者カ一身ニ集合スト云フニ至ル矛盾ノ見解ナリトノ説ハ正當ニアラス保證ニアラサル擔保連帶質抵當等ニ關シテモ亦同一理由ニ依リ同一ニ論結スヘキモノト信ス殊ニ供物保證民法第三四二條第三六九條ニ關シテハ擔保ヲ供シタル第三者ト破産債權者ノ一人ト共謀シ破産者ノ財産上ニ存スル擔保ニ關シテハ破産者ト破産債權者ノ一人ト共謀スルノ虞アリ

## (五) 破産手続ノ再施

ハ有罪破産ノ判決ヲ原因トシ(第一〇四二條取消ハ協諧契約固有ノ瑕疵ヲ原因トシ解除ハ爾後ノ事實タル契約不履行ヲ原因トス(第一〇四二條第一〇四四條消滅ハ法律上當然發生シ(第一〇四一條「當然」)取消ハ申請ニ基ク裁判ニ因リテ發生シ又解除ハ其意思表示(民法ノ規定ニ依ル)ニ因リテ發生シ(瑞西破産法第三一五條第三一六條佛蘭西商法第五二一條第五二二條第六五三條等ハ解除ヲ言渡ス裁判ヲ要スルニ似タリ)又此三者ハ總破産債權者ニ對シテ效力ヲ有シ原則上既往ニ遡リテ其效力ヲ有シ(民法第一二一條第五四五條參考)且ツ破産手続ノ履行ノ擔保ヲ無効トシ後者ハ之ニ反シテ該擔保ヲ留存セシム(第一〇四四條)左ニ破産手続ノ再施ニ關スル法則ヲ略述スヘシ

(A) 性質 破産手続ノ再施ハ第二ノ破産宣告ニアラスシテ却テ從來ノ破産手續ノ更新及ヒ續行ナリ破産手續ニ關係ナキ中間時代ト協諧契約成立以後再施マテ及ヒ其間ニ於テ取得シタル第三者ノ權利トヲ認定スル特色ヲ有シテ更新セラレタル協諧契約成立以後ニ於テハ破産關係ナリ何トナレハ破産手續再施

原因ハ支拂停止ニアラサルヲ以テナリ  
(B) 手續 破産手續ノ再施ハ破産裁判所カ破産當事者ノ申立ニ因リ破産手續ノ再施ヲ命スル旨ノ決定ヲ爲スニ因リテ之ヲ開始ス我商法第千四十四條ハ單ニ「破産手續ヲ再施シ……」ト云フニ止メ如何ナル手續ヲ以テ破産手續ヲ再施スルヤヲ規定セザレトモ破産手續ノ再施ハ破産宣告ト其效力ヲ同シウスルヲ以テ類推ニ因リテ破産宣告ト同一ノ手續ニ因リテ之ヲ爲スモノト論結スルヲ正當トスレハナリ(獨逸破産法第一九八條ニ於テハ破産手續ノ再施ノ申立ハ破産債權者ノ權利ナリトシ唯其申立ニ因リテノミ破産裁判所カ決定ノ形式ヲ以テ破産手續ノ再施ヲ命シ佛蘭西商法第五二二條埃太利破産法第二四三條等ハ之ニ反シ破産裁判所カ職權ヲ以テ破産手續ヲ再施スヘキモノト爲シタリ  
(a) 破産手續ノ再施ハ從前ノ破産手續ヲ施行スルニ過キス故ニ(1)破産手續再施ノ申立權ヲ有スルモノハ從前ノ破産債權者ニシテ協議契約成立以後破産手續ノ再施マテニ債權ヲ取得シタル債權者ヲ包含セス(コレル(フエルデルンドルフ氏等ハ反對ニ論結スレトモ通説ニアラス)此種ノ債權者ハ唯再施シタル

破産手續ニ參加スルコトヲ得ルノミ破産者カ破産手續ノ再施ノ申立權ヲ有スルハ破産宣告ノ申立權ヲ有スルト同一法意ニ外ナラス(獨逸破産法ハ破産者ニ斯ル申立權ヲ認メナリシ(2)再施ノ申立ノ原因ハ協議契約ノ消滅取消解除及ヒ棄却第一〇四條第一〇四〇條第一〇四二條第一項第二項ニシテ債務者ノ支拂停止ニアラス而シテ前三者カ破産手續ヲ再施スルノ效力ヲ生スル理由ハ協議契約ノ消滅ニ因リ各破産債權者カ破産手續ニ從ヒテ満足ヲ享有スルノ權利ヲ回復スル當然ノ結果ニ外ナラサルニ在リト雖モ協議契約ノ棄却カ破産手續再施ノ原因タル理由ハ之ヲ解スルコトヲ得ス何トナレハ協議契約ハ前述ノ如ク裁判所ノ認可ヲ經テ始メテ有效ナルカ故ニ(第一〇四〇條棄却即チ認可カ拒絕セラレタル協議契約ハ實體的及ヒ形式的ニ於テ存在セス隨テ特ニ之カ爲メニ破産手續ヲ再施スルノ必要ナケレハナリ是ヲ以テ獨逸佛蘭西等ノ立法ニ於テハ斯ル變例ヲ見ス(申立)

(b) 破産手續ノ再施ハ從前ノ破産手續ヲ施行スルニ過キス故ニ從前ノ破産裁判所カ破産手續再施ノ申立ニ付キ管轄ヲ有スルヤ當然ナリ破産裁判所ハ再施



ノ申立ニ關スル裁判以前ニ於テ先ツ再施ノ申立者ノ權利ノ有無訴訟能力ノ有無ヲ調査シ後ニ再施ノ原因ノ存否再施ヲ妨クル新破産手續ノ繫屬ノ有無及ヒ破産手續費用ヲ償フニ足ルヤ否ヤヲ調査シ且ツ之カ爲メニ必要ナル證據開ヲ爲スコトヲ得再施ヲ妨クル新破産手續ノ繫屬ニ關シテハ再施ノ效力ニ關スル説明ヲ參考スヘシ若シ再施ノ申立ヲ形式上及ヒ實體上正當ニアラスト認メタルトキハ決定ヲ以テ申立ヲ却下ス該決定ニ對シテハ申立人カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條準用之ニ反シテ再施ノ申立ヲ正當ナリト認メタルトキハ破産手續ノ再施ヲ命スル決定ヲ爲ス該決定ニ對シテハ破産者カ即時抗告ヲ爲スコトヲ得商法施行法第一三八條其他該決定ハ商法第九百八十條第七項第九百八十一條等ノ準用ニ依リ之ニ再施ヲ命シタル日時(商法第四百四條ニ於ケル)參加權者ヲ確定スルノ實用アリヲ記載シ又之ヲ公告セサルヘカラス裁判所及ヒ裁判

(C) 效力ハ破産手續ノ再施ハ破産手續ニ關係ナキ中間時代ト及ヒ其間ニ取得シタル第三者ノ權利ヲ認容スルノ特色ヲ有シテ更新セラレタル協議契約ノ成

立以前ニ於ケル破産關係ナルヲ以テ(1)協議契約成立以前ノ狀態ニ復舊シ破産宣告ノ效力カ破産手續再施決定以後存續シ(2)協議契約成立以後破産手續再施決定以前ニ於ケル中間時代ハ破産者ハ完全ニ自己ノ財産ニ付キ管理及ヒ處分權ヲ有スルヲ以テ又協議契約ノ利益ヲ得タル破産者ノ信用及ヒ取引ヲ爲シタル第三者ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ破産手續ニ關係ナキ中間時代ニシテ又此時代ニ爲シタル破産者ノ法律行為ハ當然無効ト爲ラス唯詐害行為タル場合ニ於テ取消ナルノミ(支拂ノ停止ニ代フルニ有罪破産ノ判決其他ノ適當ナル事項ヲ以テス破産手續ヲ再施シタル場合ニ於テモ商法第九百九十條乃至第九百九十二條ノ準用アルコトト規定スルヲ立法上正當ト信ス)民法第四二四條獨逸破産法第一九九條佛蘭西民法第一一六七條(3)破産手續ノ終了マテニ於テ破産者ノ取得シタル財産ハ破産財團ニ屬スルコト前述ノ如シ故ニ前述ノ中間時代ニ於テ取得シタル破産者ノ財産ハ破産手續ノ再施後ニ於ケル破産財産ニ屬ス(獨逸破産法ニ於テハ前述シタル如ク破産手續開始マテニ於テ破産者ニ屬シタル財産ノミカ破産財團タルカ故ニ前示中間時代ニ於テ破産者ノ取得シ

タル財産カ破産財團ニ屬スト云フハ失當ニ似タレトモ學者ノ説明スル所ニ依  
レハ此中間時代ニ債權ヲ取得シタル者カ新破産債權者トシテ再施シタル破産  
財團ニ屬セシメタル觀念ト一致セサルノミナラス此種ノ財産ト破産宣告ノ當  
時ニ存在スル財産權トヲ區別スルハ事實上不能ナリトノ理由ニ基キテ破産手  
續ノ再施ノ當時ニ於テ有スル財産ヲ以テ破産財團ト爲シタリ(4)破産宣告以前  
ニ債權ヲ取得シタル者即チ舊債權者及ヒ協議契約成立以後破産手續再施マテ  
ニ債權ヲ取得シタル者即チ新債權者カ再施シタル破産手續ニ參加スルコトヲ  
得ヘシ新債權者ハ破産債權者トシテ破産手續再施ノ當時ニ存在スル數額ニ付  
キ破産手續ニ參加スルコトヲ得其理由ハ若シ然ラスンハ大ニ該債權者ノ權利  
ヲ害スルノミナラス取引ノ信用ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ蓋シ新債權者ハ協  
議契約ノ成立以前ノ破産財團ニ屬シタルト否トノ區別ヲ問フコトナク債務者  
ノ財産及ヒ其處分能力ニ付キ十分ニ信用スルノ權利アルカ故ニ舊債權者ノ爲  
メニ協議契約成立以前ノ破産財團ニ關シ一ノ別除請求權ヲ設クルハ極メテ失  
當ナレハナリ舊債權者カ再施シタル破産手續ニ參加スルコトヲ得ルハ破産債

權者タル自衛權ノ作用トシテ當然ノ事項ニ屬ス然レトモ如何ナル數額ニ付キ  
參加スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ我破産法ニ明文ナク又獨逸佛蘭  
西ノ立法例カ各其趣旨ヲ異ニスル所ナリ(獨逸破産法第二〇〇條第一項)ニ於テ  
ハ破産手續ノ再施ハ協議契約ヲ消滅セシメス却テ單ニ協議契約ニ付キ生シタ  
ル破産債權者ノ不利益ニ歸スル效果即チ債務ノ免除ノミヲ爾後消滅セシムル  
ニ止マルヲ以テ舊債權者ハ既ニ受取リタルモノハ縱令協議契約ニ基ク分賦額  
ト雖モ返還スルノ義務ナシ隨テ舊債權者ハ破産手續再施ノ當時尙ホ消滅セサ  
ル殘存ハ債權額ニ付キ破産手續ニ參加スルニ過キス破産手續再施マテニ發生  
シタル利息費用等ヲ算入スルコトヲ得ルハ勿論ナリ佛蘭西商法ニ於テハ協議  
契約ノ解除及ヒ消滅ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生シ協議契約カ存セサル場合ト同  
視スルヲ以テ商法第五百二十六條伊太利商法第八四五條ニ於テ之ニ對スル一  
制限トシテ協議契約上ノ分賦額ハ破産關係ニ於テハ債權ヲ代表ニ從テ協議契  
約上ノ分賦額ノ支拂ハ債權ノ支拂ト同一ナリトノ思想ニ新債權者ハ舊債權者  
カ協議契約上ノ分賦額ヲ以テ満足セラルヘキモノナルコトヲ計算ニ置クトノ

理由トヲ以テ協議契約ニ於テ定マリタル分賦額全部ヲ受取リタル者ハ完済セラレタルモノトシテ再施シタル破産手續ニ参加スルコトヲ得サルモノトシ又毫モ分賦額ヲ受取ラサル者ハ債權全額ニ付キ再施シタル破産手續ニ参加スルコトヲ得セシメ分賦額ノ一部分ヲ受取リタル者ハ分賦額全額ト受取リタル一部額トノ割合ニ於ケル債權ノ殘額ニ付キ例ヘハ金千圓ノ債權ニ付キ協議契約上ノ分賦額カ百分ノ二十即チ二百圓ナルトキハ二百圓ヲ支拂フノミヲ以テ足レリトス隨テ分賦額トシテ百圓ノミヲ受取リタルニ過キサルニ於テハ九百圓ニアラスシテ分賦額ノ二分ノ一ニ當ル千圓ノ二分ノ一即チ五百圓ニ付キ再施シタル破産手續ニ加入スルコトヲ得セシメタリ但シ斯ル法則ハ舊債權者ト新債權者トノ關係ニ止マリ舊債權者ト破産者ト關係ニ及ハス蓋シ破産者ハ協議契約ノ消滅シタル場合ニ於テ其利益ヲ自己ノ爲メニ援用スルコト能ハサルヲ以テナリ故ニ協議契約ニ於テ定メラレタル免除額カ百分ノ二十五ノ割合ニシテ舊債權者ノ有スル債權額カ千圓ト假定セハ破産者ハ唯七百五十圓ヲ支拂フ以テ其責ヲ免ル然ルニ僅ニ五百圓ヲ支拂ヒタル後ニ於テ協議契約カ取

消サレ又ハ解除セラレタルトキハ舊債權者ハ殘額五百圓ニ付キ再施シタル破産手續ニ参加シ其結果百圓ヲ受取リタルニ過キサルトキハ殘額四百圓ニ付キ破産手續ノ終了以後破産者ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ我商法ノ解釋トシテハ協議契約ノ消滅取消及ヒ解除ハ原則上溯及力ヲ有スルカ故ニ(中間時代カ破産手續ニ關係ナク又其間ニ生シタル權利行為ノ有效ナルコトハ取引ノ安全ヲ保ツカ爲メニ斯ル原則ニ對スル制限ニ外ナラス)協議契約ハ初ヨリ存セザルコトヲ爲リ其結果債務者ハ管理處分權ノ喪失中ニ在リ又協議契約ニ於テ定マリタル分賦額ノ支拂ハ當然無効ト爲ル隨テ各舊債權者ハ其受取リタル分賦額ヲ破産財團ニ返還シ又其有スル債權全額ニ付キ破産手續ニ参加スヘキモノト論結スルヲ正當ト認ム(奧太利破産法第二四四條參考)立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム協議契約ノ解除ノ場合ニ於テハ其履行ヲ擔保スル擔保關係カ存續スルヲ以テ舊債權者カ協議契約ニ因リ破産者ノ財産上ニ物上擔保ヲ有シタルトキハ再施シタル破産手續ニ於テ新破産債權者ニ對シ別除請求權者ト爲ルヤ疑ナシ(獨逸破産法第二〇〇條第二項)

(D) 再施シタル破産手續ト協議契約成立以前ニ於ケル破産手續及ヒ新破産手續トノ關係 再施シタル破産手續ハ前述ノ如ク協議契約成立以前ニ於ケル破産關係ノ更新及ヒ續行ナルヲ以テ必要ナル限度ニ於テ再ヒ破産手續ヲ施行ス(獨逸破産法第二〇一條第一項)是レ費用ト時間ト勞力トヲ節約スル經濟上ノ目的ニ適シ立法上甚タ正當ナリト謂フヘシ是ヲ以テ(1)以前ノ破産主任官及ヒ管財人ハ新ニ選定セラレルコトナク當然再施シタル破産手續ニ於テ其職務ヲ行ヒ破産裁判所ハ之カ爲メニ破産手續ノ再施ヲ通知セサルヘカラス但シ以前ノ主任官及ヒ管財人カ死亡其他ノ事情ニ依リ職務ヲ行フコト能ハサル場合ニハ新ニ主任官及ヒ管財人ヲ選定スルヤ言フ埃タス(2)以前ノ破産手續中ニ於テ爲シタル届出ハ再施シタル破産手續ニ於テモ亦效力ヲ有ス而シテ以前ノ破産手續ニ於テ爲シタル調査ノ結果即チ確定及ヒ異議ハ再施シタル破産手續ニ於テ效力ヲ有ス故ニ以前ノ破産手續ニ於テ確定シタル權利ハ其確定以後破産手續ノ再施マラニ發生シタル辨濟、相殺、免除等ノ原因ニ由リ全部又ハ一部カ消滅シタルコトヲ理由トスルニアラスンハ異議ヲ申立テララルコトナシ之ニ反シテ以前

ノ破産手續ニ於テ異議ヲ申立テラレタル權利ハ再施シタル破産手續ニ於テモ亦效力ヲ存シ以前ノ破産手續ニ於ケル場合ト同シク確認ノ訴ヲ以テ之カ當否ヲ定メサルヘカラス異議申立權者ハ爾後ニ生シタル債權ノ消滅ヲ訴訟ノ程度ニ於テ許ササル限ハ繫屬シタル確認ノ訴訟ニ於テ主張スルコトヲ得又該消滅ヲ理由トシテ新ニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ以前ノ破産手續ニ於テ届出テラレタルモ未タ調査セサル權利ハ再施シタル破産手續ニ於テ之ヲ調査ス(3)破産手續ノ再施決定ニ於テハ新破産債權者及ヒ新破産財團ノ爲メニ商法第九百八十條第三乃至第六ノ事項ヲ掲ケ之ヲ公告セサルヘカラス(第九八一條然レトモ貸借對照表及ヒ財産目錄ハ新調スルコトヲ要セス管財人カ補足スルヲ以テ足レリトス(4)協議契約ノ成立以後ニ成立シタル權利ハ一般ノ規定ニ從ヒ届出且ツ之ヲ調査セサルヘカラス

協議契約ノ成立以後財産ノ管理及ヒ處分權ヲ回復シタル債務者カ協議契約ノ義務ヲ完全ニ履行セサル以前ニ於テ破産宣告ノ要件ヲ具備スルニ至リタルトキハ幾ニ破産宣告ヲ爲シタル破産裁判所又ハ其他ノ管轄破産裁判所カ新舊債

權者ノ申立又ハ債務者ノ申立ニ因リテ未タ協議契約ノ消滅解除又ハ取消等ノ原因ニ依リ破産手續ノ再施ナキ限ハ第二ノ破産宣告ヲ爲ササルヘカラス(1)新債權者カ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルハ疑ナシト雖モ舊債權者カ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立權ヲ有スルヤ否ヤハ學者ノ見解各異ナレリ佛法學者殊ニ「リオンカン」氏ハ同一ノ債權者カ同一ノ債權ノ爲メニ同一ノ債務者ニ對シ再度ノ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ストノ理由ヲ以テ消極的ニ論結ス獨逸學者殊ニ「ゾキフヘルド」「ザルウエー」氏等ハ積極的ニ論結シタリ予輩ハ我商法施行法第百三十八條第一項ノ文理解釋上積極的ニ論結スルヲ正當ト認ム(2)第二ノ破産宣告ハ破産手續ノ再施ト異ニシテ破産手續ノ續行ニアラサルヲ以テ第一ニ以前ノ破産宣告ヲ爲シタル破産裁判所以外ノ裁判所カ管轄權ヲ有スルコトアリ又第一ノ破産手續ト同一ノ手續ヲ悉ササルヘカラス殊ニ協議契約ノ成立以後第二ノ破産宣告以前ノ行爲ニ大關係アル支拂停止ノ日時ノ確定債權ノ届出及ヒ調査ヲ爲ササルヘカラス舊債權者ハ其現存債權額ニ付キ第二ノ破産手續ニ參加スヘキモノナルヤ言フ埃タス(3)再施シタル破産手續ト第二ノ破産宣告

トハ同一ノ破産財團ニ付キ行ハルモノタリ故ニ同時ニ破産手續ヲ再施シ又第二ノ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ス是ヲ以テ同一ノ破産者ニ對シ第二ノ破産宣告ヲ求ムル申立ト破産手續ノ再施ヲ求ムル申立トカ同一ノ破産裁判所又ハ異ナリタル破産裁判所ニ繫屬シタルトキハ申立ノ前後ニ依リ一方ヲ採リ他ノ一方ヲ排斥スヘク甲裁判所カ第二ノ破産宣告ヲ爲シ乙裁判所カ破産手續ノ再施ヲ命シタルトキハ同一ノ破産事件ニ數多ノ破産宣告アリタル場合ト同一ニ論結スヘシ多數ノ學者カ破産手續ノ再施ヲ第二ノ破産宣告ヨリ優等視シ破産手續ノ再施ノ申立ハ第二破産宣告ノ申立ヨリ先ニ裁判シ且ツ前者ハ縱令第二ノ破産宣告ヲ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ許シ之ニ因リテ破産手續ノ再施ヲ命シタルトキハ第二ノ破産手續ヲ停止シ之ヲ當然再施シタル破産手續ニ於テ第一ノ破産手續ノ續行トシテ終了セシムルモノナリトノ見解ハ法文上ノ根據ヲ有セサル不當ノ見解ナリ第二ノ破産終局後第一ノ破産手續ヲ再施スルコトハ疑ナシ蓋シ舊債權者ノ權利ヲ破産手續再施ノ拒絕ヲ以テ害スルコトヲ得サレハナリ



(四) 再施シタル破産手續ノ終局 再施シタル破産手續ハ破産手續費用ヲ償フニ足ル破産財産ノ存セサルコトニ因リテ停止シ又配當ニ因リテ終局スレトモ協諧契約ヲ以テ終局スルコトヲ得ス蓋シ形式上協諧契約ノ提供ハ一同ニ限ル(第一〇三八條)注意ト「直チニ財團ノ換價及ヒ配當ヲ爲シテ終局ニ至ラシム」トノ法文第一〇四四條トニ徴シ又實體上破産手續ヲ迅速ニ終局セシムヘキ法意ヨリ推究セ瞭然タレハナリ(獨逸破産法ニ於テハ前述ノ如ク詐欺破産ノ確定判決ノミカ破産手續再施ノ原因タルヲ以テ再施シタル破産手續カ協諧契約ニテ終局スルコトナキハ法文上明白ナリ(獨逸破産法第一七五條第三項佛蘭西商法ニ於テハ第五二四條)解除ニ因リ破産手續ヲ再施シタル場合ニ協諧契約ニ依レル終局ヲ認メ是レ當初ノ協諧契約カ嚴酷ニ失シタル結果トシテ解除セラレタルカ故ニ當事者間ニ於テ更ニ寛大ナル協諧契約ヲ締結スルコトヲ得ルノ妨トナラストノ理由ニ依ル又詐欺破産ノ確定判決ニ基ク協諧契約ノ取消ニ依リ破産手續カ再施セラレタルトキハ協諧契約ニ依レル終局ヲ認メ是レ詐欺破産ノ確定判決ハ協諧契約ノ締結ヲ妨クルモノナレハナリ(第五一〇條)詐欺ニ基ク

協諧契約ノ取消ニ因リ破産手續ヲ再施シタル場合ニ於テ學者ノ見解二派ニ分レタリ其第一ハ「ローレン」氏等ノ主張スル所ニテ協諧契約ノ妨ケト爲ルモノハ法律上詐欺破産ノ確定判決ノミ故ニ詐欺其モノノ協諧契約締結ノ妨ケト爲ラスシテ唯破産裁判所カ認可ヲ拒ムノ理由ト爲ルノミト云フニ在リ其第二ハ「リオンカン」「ブラバ」氏等ノ主張スル所ニシテ詐欺ハ協諧契約取消ノ原因ト爲ル然ルニ新協諧契約締結ノ妨ケト爲ラスト云フハ撞著ノ見解ナリト云フニ在リ)

### 第三款 配 當

破産ハ一ノ強制執行ナリ故ニ破産手續ハ強制執行手續ト同シク配當ニ因リテ終局スルハ當然ナリ(商法第三編第八章配當)民事訴訟法第六二六條乃至第六三九條第六九一條以下配當トハ破産債權者間ニ破産財團ヲ分配スルノ行爲ナリ配當ハ通常金錢ヲ以テ之ヲ爲ス蓋シ金錢ハ其性質上各破産債權者ニ對シ其分ケ前ニ比例セル満足ヲ得セシムルヲ以テナリ是ヲ以テ金錢ニ非サル破産財團

ハ配當以前ニ之ヲ換價スルヲ當然トス(第一〇四八條、財團ノ換價、佛蘭西商法第四八九條、瑞西破産法第二六一條、獨逸破産法第一三七條故ニ各破産債權者ハ金錢ノ支拂ニ換ヘ他ノ物件ヲ受クルコトヲ強制セラルルコトナシ立法論トシテハ實物配當カ破産當事者ニ有益ナルトキハ金錢配當ニ代ヘ實物配當ヲ行フコトヲ得セシムルヲ正當ト認ム(意義)。

配當ニハ立法上二大主義アリ一回配當主義及ヒ數回配當主義是ナリ前者ハ破産財團ヲ悉皆換價シタル後ニ於テ配當ヲ爲スノ主義ニシテ後者ハ配當ニ足ルヘキ財團ノ生スル毎ニ配當ヲ爲スノ主義ナリ配當スルニ足ル破産財團ノ存スルニ拘ラス破産財團ヲ悉ク換價スルマテ各破産債權者ニ對スル支拂ヲ猶豫スルハ不必要ニシテ又債權者ノ不利益ナルヲ以テ近世諸國ノ立法ハ皆數回配當主義ヲ認メタリ(獨逸破産法第一四九條、佛蘭西商法第四八九條、第五六六條、奧太利破産法第一六八條、第一八五條、瑞西破産法第二六一條、第二六六條、英吉利破産法第五八條等)我商法モ亦然リ(第一〇四六條)配當ニ足ル可キ財團ノ生スル毎ニ第一〇四七條……毎回数回配當主義ヲ認メタル當然ノ結果トシテ理論上少

クモ配當ニ二種アルコトヲ注意セサルヘカラス内拂配當及ヒ終局配當即チ是ナリ内拂配當トハ破産手續ノ終局前ニ行フ配當ニシテ終局配當トハ破産手續ヲ終局スル配當ナリ前者ハ破産財團ニ於テ各破産債權者ノ滿足ニ供スルニ足ルヘキ財團ノ存スル毎ニ之ヲ爲シ後者ハ破産財團ノ換價終局後ニ之ヲ爲ス内拂配當ト雖モ普通ノ調査會終局以前ニ之ヲ爲スヘキモノニアラス(第一〇四六條)配當ハ普通ノ調査會終局後(獨逸破産法第一四九條、何トナレハ此調査會終局ノ時ヨリ始メテ配當ノ基礎ノ成立スルモノナレハナリ(第一〇二六條、第一〇二九條(配當ノ種類)。

普通破産債權者ノ配當ニ供スヘキモノハ財團上ノ請求權第一〇三二條及ヒ優先權アル債權ヲ支拂ヒタル後ニ殘存スル破産財團タリ(第一〇四五條第一項、獨逸破産法第三條、佛蘭西商法第五六五條、第五六七條、第五六八條此二種ノ權利ニ對スル支拂ヲ普通債權者ニ對スル配當以前ニ爲スノ理由ハ前述セル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス而シテ優先權アル債權ヨリ先ニ財團上ノ請求ニ對スル支拂ヲ爲スコトハ文理解釋上條文ノ順序ヨリ推理シテ明白ナルノミナラス財團

上請求權ノ性質上亦明白ナリト謂フヘシ但シ破産者カ資本ヲ分チテ營業ヲ爲シ且ツ破産シタルトキハ各營業ニ對スル債權者ハ營業ニ屬スル資本即チ財團ヨリ他營業ニ對スル債權者ヨリ優先シテ辨濟ヲ受ク蓋シ商取引ハ資本ニ信用ヲ置クヲ通常ノ狀態トシ隨テ資本ヲ分チテ營業ヲ爲ス者カ破産シタル場合ニ於テ斯ル優先權ヲ設ケサルトキハ大ニ取引上ノ信用ヲ害スヘケレハナリ配當ノ目的物左ニ配當手續ノ大要及ヒ效果ヲ略述スヘシ

(一) 配當ノ準備 管財人ハ配當ノ準備トシテ配當案ヲ調製セサルヘカラス此配當案ハ破産主任官ノ署名捺印ニ關スル明文ヲ缺クハ我現行慣例ニ反ス即チ認可ノ形式ヲ得テ公衆ニ展覽セシムルカ爲メニ裁判所書記課ニ備ヘ置キ且ツ其旨ヲ公告セサルヘカラス(第一〇四六條第一項)獨逸破産法第一三九條瑞西破産法第二六一條等是レ配當及ヒ公平ヲ期スルカ爲メナリ配當案ニ記載スヘキ事項ニ關シテハ法律上明文ナシト雖モ配當案ハ配當實行ノ基礎ヲ爲スモノナレハ配當ニ與カルヘキ債權者ノ氏名員數及ヒ債權額配當セラルヘキ金額既ニ支拂ヒタル内拂額其他未済額等ヲ表示スルヲ適當トス故ニ配當案ヲ調製スル

ニ最モ適當ノ材料ハ債權表ナルヘシ(第一〇三四條)

配當ニ與カルヘキ債權者トハ適當ノ時期ニ債權ノ届出ヲ爲シ且ツ調査會ニ於ケル承認又ハ判決ニ因リ確定シタル破産債權ヲ有スル債權者ナリ蓋シ破産債權ハ承認則チ裁判上ノ認諾又ハ判決ニ因リ確定セラレタルニ由リテ確定力ヲ得隨テ執行シ得ヘキモノト爲レハナリ是ヲ以テ條件附債權者モ亦配當ニ與カルヘキ債權者ト爲ル但シ後述ノ如ク停止條件附債權者ニ對シテハ理論上割前ヲ留存シ解除條件附債權者ニ對シテハ之ヲ支拂フ(條件成就ノ場合ニ處スルカ爲メニ返還ヲ擔保スル保證ヲ立テシムルヲ可トスルコトハ前述セル所ナリ)獨逸破産法第一六八條第二第四條然リ而シテ別除請求權ヲ行使シ且ツ届出及ヒ確定ノ手續ヲ踐ミタル債權者カ優先權ヲ拋棄シタル限度又ハ擔保物ノ賣拂代金ヨリ完全ナル辨濟ヲ受ケサル場合ニ其未済額ニ付キ破産財團ヨリ平等の支拂ヲ受クルノ手續即チ配當ニ與カル方法ニ關シテハ我商法ニ明文ヲ缺ク然レトモ此種ノ債權者ノ權利及ヒ他ノ破産債權者ノ權利ヲ完ウセシムルカ爲メニ管財人ハ前示ノ債權者カ破産財團ヨリ配當ヲ受クヘキ旨ノ申立ヲ爲シタルトキ

ハ割前ヲ留存シ優先權ノ拋棄又ハ不足部分ノ證明ヲ爲シタルトキハ留存シタル割前ヲ交付スヘキモノト思ハル(獨逸破産法第一五三條第一五六條)  
債權ヲ正當時期ニ届出テタルモ債權調査會ニ於テ異議ヲ受ケタルカ爲メニ債權確定ノ訴訟ヲ提起シタル債權者及ヒ正當時期ニ届出ヲ爲スコト能ハサル債權者即チ届出及ヒ調査ノ爲メ別段ノ期間ヲ定メラレタル在外債權者ハ債權未確定ノ故ヲ以テ理論上配當ニ與カルヘキ債權者ト云フヘカラス然レトモ前者ハ破産手續ニ於ケル權利ノ實行ニ怠慢ナク又後者ハ特定期間ニ届出ヲ爲ス權利ヲ有スル者ナルヲ以テ債權未確定ヲ理由トシ配當ニ與カラシメサレハ不當ナル異議ノ爲メニ正當ナル債權者ノ權利ヲ害シ又在外債權者ノ權利ヲ害スルニ至ルヘシ此種ノ債權ノ確定ヲ待タンカ破産手續終局ニ遲滞ヲ來スニ至ルヘシ是ニ於テカ法律ハ前示ノ債權ノ確定以前ニ爲ス配當ニ於テ其債權ニ歸スル割前ヲ留存スルモノト規定セリ第一〇二九條後段佛蘭西商法第五〇二條第五〇三條獨逸破産法第一六八條第二故ニ管財人ハ配當ニ與カルヘキ債權者ニ準シテ配當案ニ此種ノ債權者ノ氏名等ヲ記載セサルヘカラス而シテ留存シタル割

前ハ破産債權ノ確定シタル場合ニ之ヲ債權者ニ交付シ(留存シタル割前ニ付キ生シタル利息ヲモ交付スヘキヤ否ヤニ關シテハ學者間ニ爭アリ)「ビエール」氏ノ如キハ從ハ主ニ隨フノ原則ニ依リ債權者ノ有ニ歸スヘキモノトシ「ルスアイルド」氏ノ如キハ留存ハ支拂ト同一ニ非ス且ツ破産財團ニ對シテハ利息ヲ停止スヘキモノナレハ留存割前ノ利息ハ破産財團ニ歸スト云ヘリ予輩ハ前說ニ依ルヲ正當ト信ス(反對ノ場合即チ異議ヲ正當ト爲ス判決ヲ確定シタルカ(第一〇二七條)又ハ在外債權者カ別ニ定メタル期間ニ債權ノ届出及ヒ調査ノ爲メニ届出ヲ爲ササルトキハ留存ノ割前ヲ更ニ債權者間ニ分配ス何トナレハ其割前モ亦破産財團ノ一部分ニ外ナラサレハナリ)  
債權ヲ正當時期ニ届出ラス且ツ(第千二十九條ノ「又ハ」且ツト)解釋スルヲ正當ト信ス何トナレハ債權ヲ正當時期ニ届出ヲサルモ調査會ニ於テ調査ヲ爲シ確定シタルトキハ財團ノ配當ニ與カルニ妨ナケレハナリ第一〇二五條第四項上段債權ノ確定セタル債權者ハ配當ニ與カルヘキ債權者ニ非ス故ニ管財人ハ配當案ニ此種ノ債權者ノ氏名等ヲ記載スルノ必要ナシ然レトモ商法第千二十五

條第四項ノ規定ニ基キ爾後債權カ確定シタルトキハ爾後ニ爲スヘキ財團ノ配當ニノミ加入スルコトヲ得是レ届出期間懈怠ノ爲メニ失權ヲ來ス主義ヲ排斥シタル當然ノ結果ナリ近世文明諸國殊ニ佛蘭西商法第五百三條獨逸破産法第五百十五條ニ依レハ懈怠ノ爲メニ失權ヲ來シ立法主義ヲ排斥シ苟モ破産手續カ終局セサル以上ハ破産債權者ハ届出及ヒ確定ノ手續ヲ履ミ而モ届出遲滞ノ爲メニ生スル損害ヲ避クルヲ得セシメタリ故ニ債權ヲ正當時期ニ届出テサル債權者ハ爾後ノ配當ニ於テ現存スル財團ヨリ正當時期ニ届出テ爲シタレハ受クヘカリシ割前ヲ先ニ支拂フヘキコトヲ求ムルヲ得セシメタリ瑞西破産法第二百五十一條ハ先拂請求權ヲ認メサルニ似タリ我商法ニ於テ此先拂請求權ヲ認メサルヤ否ヤハ明文上疑ナキニシモ非スト雖モ破産ノ目的タル平等ヨリ推理シテ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス但シ前ニ實行シタル配當ニ依リ割前ヲ受取リタル部分ニ付キ減少等ヲ要求セラルルコトナシ蓋シ配當ニ因リ一旦有效ニ支拂ヒタルモノハ破産財團ニ非サレハナリ此關係ヲ形容シテ獨逸ノ大家コレル氏ハ配當ハ互ニ獨立スト云ヘリ我商法千二十九條財團ノ配當ニノミ加ハ

ルコトヲ得ノ明文ハ此法意ヲ證明スルニ足ルト云フコトヲ得ヘシ

(二) 内拂配當手續 内拂配當ハ配當案ノ確定シタル後ニ之ヲ爲ス

(A) 配當案ニ其公告ノ日ヨリ起算シ十四日内ニ異議ノ申立ナキトキ又ハ異議ノ申立アリタルモ其落著シタルトキニ確定ス(第一〇四七條獨逸破産法第

一五八條異議落著ノ手續ヲ略言センニ配當案變更ニ付キ利益ヲ有スル債權者ハ自己ノ債權カ正當ニ配當案ニ表示セラレサル場合ナルト他債權者ノ債權カ不當ニ表示セラレタル場合ナルトヲ問ハス自衛方法トシテ配當案備付ノ公告ノ日ヨリ起算シ十四日内ニ配當案ニ對スル異議ヲ破産裁判所ニ申立ツルコトヲ得財團上ノ請求權ヲ有スル者ハ異議ヲ申立ツルノ權利ナシ何トナレハ此種ノ債權者ハ配當案變更ニ付キ毫モ利益ヲ有セサレハナリ破産者亦然リ何トナレハ破産者債權調査會ニ於テ異議ノ方法ニ依リ債權ノ確定ヲ妨クルコトヲ得サルモノナレハナリ(第一〇四六條第二項此異議申立ニ對スル相手方ハ管財人ノ外ニ異議ノ申立テラレタル配當案ノ變更ニ付キ損害ヲ受クヘキ各破産債權者ナリトス異議申立權者及ヒ相手方)



異議申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得「民事訴訟法第一三五條準用」異議申立ノ方法破産裁判所ハ適法ナル異議申立ニ付キ裁判ヲ爲ス此裁判ハ職權ヲ以テ各關係人ニ送達セサルヘカラス(獨逸破産法第七三條第二項、第一五八條第二項)我民事訴訟法第二四五條準用而シテ若シ裁判ノ内容カ異議ヲ正當ト認メ配當案ノ變更ヲ命シタルトキハ送達ノ外變更シタル配當案ヲ書記課ニ備ヘ且ツ其旨ヲ公告セサルヘカラス(第一〇四六條第一項準用蓋シ此場合ニ於テモ裁判以前ニ配當案ヲ公告スヘキ理由ト同一理由ノ存スルヲ以テナリ)獨逸破産法第一五八條第二項(異議ニ對スル裁判異議ニ對シテハ我法律上別ニ明文ナキモ民事訴訟法第五百五十八條ノ準用トシテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ)商法施行條例第二四條、商法施行法第一四七條、獨逸破産法第一五八條第二項異議申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ異議申立ヲ爲シタル債權者ヨリ又異議ノ申立ニ正當ト認メ配當案ノ變更ヲ命シタル裁判ニ對シテハ管財人其他之ニ因リ損害ヲ受クヘキ者ヨリ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ言フ埃タス抗告裁判所カ配當案ノ變更ヲ命シタルトキハ送達ノ外ニ變更シタル配當案

ヲ破産裁判所書記課ニ備ヘ置キ且ツ其旨ヲ公告セサルヘカラス又抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ言フ埃タス而シテ抗告ノ逾カ杜絶セラレタルトキハ(期間ノ經過等)茲ニ異議カ落著シタルモノト云フコトヲ得ヘシ

(B) 配當ノ實行方法ヲ略言センニ法律ハ第一ニ配當ニ與カルコト能ハサル債權者カ配當額ヲ受タル危險ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ管財人ハ各債權者ヲシテ其債權證書ヲ提出セシメ之ニ毎同ノ支拂額ヲ記シテ支拂ヲ爲スヘキモノトシ若シ紛失等ノ原因ニ由リ債權證書ノ提出不能ノトキニ限り破産主任官ノ認可ヲ得テ債權表ニ依リ支拂ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトシ第二ニ受取高ニ關スル紛爭ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ債權者カ配當案ニ受取書ヲ記スルコトヲ要件ト爲シタリ(第一〇四七條、佛蘭西商法第五六九條、白耳義商法第五六三條)

(三) 終局配當手續、破産財團ヲ換價シ及ヒ其賣得金ノ配當ヲ終了シタルトキハ終局手續トシテ(a)主任官ハ債權者集會ヲ招集シ管財人ハ此集會ニ於テ卸任ヲ得ルカ爲メニ終局計算ヲ爲シ債權者ハ計算ノ當否其他換價シ得ヘキ破産財團

存否ニ付キ討議シ以テ配當ヲ終局スルノ當否ヲ議決ス蓋シ終局配當ノ手續ハ破産手續ノ終局ヲ來シ破産手續中ニ生シタル錯誤又ハ不公等ヲ更正スルコト能ハサルカ如キ各利害關係人ニ重大ノ結果ヲ來スヲ以テ手續ニ鄭重ヲ悉クサシムルノ法意ニ出ツ(b)破産裁判所ハ主任官ノ申立ニ因リ破産手續ノ終結ヲ決定ス蓋シ破産裁判所ヲシテ法定要件ノ存否ヲ調査セシムルノ法意ニ出ツ第一〇三七條第二項參考此決定ニ對シテハ法律上別ニ明文ナキヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得タルモノトス隨テ破産當事者ニ職權の送達ヲ爲スハ不必要ナリト云フヘシ然レトモ此決定ハ破産宣告ノ決定ト同シク之ヲ公告セサルヘカラス蓋シ總利害關係人ニ破産宣告ノ效力ノ消滅身の上の結果ヲ除クヲ知ラシムルニ在リ而シテ破産手續終結ノ效力ハ公告カ有效ト爲ル日時ヨリ發生スルモノト知ルヘシ第一〇四八條獨逸破産法第一七條第一八一條第一項佛蘭西商法第五三七條第五三八條

終局配當手續後尙ホ配當スヘカリシ破産財團ノ發見瑞西破産法第二百六十九條ニ於テハ破産手續終局後破産財團ニ屬スル財團ヲ發見シタルトキハ特ニ任

セラレタル吏員カ之ヲ占有シ換價シ以テ法定方式ニ拘束セラルルコトナク債權者ニ分配スル旨ヲ規定セリ異議ヲ正當ト認メタル確定判決在外債權者ノ特定期間内ニ届出ヲ爲ササル事實ニ基ク割前留存ノ原因消滅第一〇二九條解除條件附債權ニ付キ條件成就ヲ認メタル確定判決ニ因リ變ニ内拂シタル配當額ノ拂戻等ニ因リ現存シタルトキハ獨逸破産法ハ事後配當ト稱シ終局配當ノ附屬若クハ補充トシテ管財人カ破産裁判所ノ指揮監督ノ下ニ於テ配當スヘキ旨ヲ規定シタリ(獨逸破産法第一六六條我商法及ヒ佛蘭西商法カ此點ニ於テ明文ナキハ立法上ノ缺點ナリ然レトモ解釋上斯ル場合ニ於テハ前ニ爲シタル終局配當ハ商法第四十八條ニ規定セル財團ノ換價及ヒ配當ヲ全ク終リタルトキノ要件ヲ缺クヲ以テ無効ノ終局配當手續トシテ更ニ配當ヲ爲スヘキモノト云フヲ正當ノ見解ト認ム

(四) 配當手續終局ノ結果 配當手續カ終局シタルトキハ破産手續ノ目的ヲ達シタル當然ノ結果トシテ各關係人ニ對シ破産關係ノ消滅ヲ來スノ效果ヲ生ス故ニ(1)配當ニ因リ債權ノ完済ヲ得サリシ各債權者ハ破産者ニ對シ各別のニ其

權利ヲ實行スルコトヲ得ヘク又破産手續ニ於テ確定シタル權利ニ關シテハ確定ト記載セラレタル調書第一〇二五條第一項又ハ確定判決ノ原本カ強制執行ノ債務名義ト爲ル故ニ債權者ハ之ニ基キ強制執行ヲ爲スヲ得ヘシ(2)破産者ハ財産ノ管理及ヒ處分權ノ喪失ヲ回復ス故ニ爾後有效ニ財産ヲ取得シ又ハ債務ノ支拂ヲ爲スヲ得ヘシ(第一〇四九條佛蘭西商法第五三九條乃至第五四一條獨逸破産法第一六四條第一六六條)

破産債權者トシテ配當ニ與カリタル債權者ハ爾後同一債權ニ付キ破産者タリシ債務者カ支拂ヲ爲ササルヲ理由トシテ再ヒ破産宣告ノ申立ヲ爲スヲ得ス何トナレハ破産手續終局以後ニ於テハ破産財團ナルモノ存セサレハナリ然レトモ破産手續終局後新債權ヲ取得シタルトキハ此債權ノ支拂停止ヲ理由トシテ破産宣告ノ申立ヲ爲シ得ルヤ言フ埃タス何トナレハ這ハ新ナル破産宣告ノ申立ナレハナリ他人カ破産手續終局後破産者タリシ債務者ニ對シ債權ヲ取得シ且ツ破産宣告ヲ申立テ破産裁判所カ之カ決定ヲ爲シタルトキハ破産債權者タリシ債權者ハ破産債權者トシテ配當ニ加入スルコトヲ得ヘシ(第一〇二三條)

…總債權者…

本節ヲ講了スルニ際シ一言注意スヘキモノハ破産手續ノ終局ニ關スル涉外的効力はナリ破産手續開始ノ涉外的効力カ屬地破産主義ニ依リテ定マルト同シタ破産手續終局ノ涉外的効力亦屬地破産主義ニ依リテ定ムルヲ正當トス故ニ甲國ニ於テ宣言シタル破産手續ノ終局ハ乙國ニ於テ宣告シタル破産手續ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ何トナレハ甲國ニ於テ爲シタル破産手續ノ終局ハ唯甲國內ニ於テ其効力ヲ發生スルニ止マレハナリ殊ニ甲國ニ於テ宣告シタル破産手續カ協議契約ニ依リテ終局シタルカ爲メニ各破産債權者ハ其債權ヲ乙國ニ於テ實行スルコトヲ妨ケラレスト協議契約ハ各破産債權者カ債權ノ一部分ヲ民法的ニ消滅セシムルモノニアラス却テ債權ノ一部分ニ關スル履行請求權其モノヲ喪失セシムル訴訟的契約ナルヲ以テ各債權者ハ其債務者ニ對スル甲國ニ於ケル破産手續カ協議契約ニ依リテ終局シタルヤ否ヤテ慮ルコトヲ要セスシテ同一債務者ニ對シ乙國ニ於テ民法的ニ消滅セサル債權ノ全部又ハ一部分ニ付キ起訴シ且ツ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ乙國ニ於テ起訴シ且ツ執行ヲ爲シ

タル債權者カ甲國ニ於ケル債務者ノ破産手續ニ參加シタルト否ト又協議契約ニ賛成シタルト否トノ區別ハ之ヲ問フコトナシ

#### 第四編 破産法ノ效果

##### 第一章 人ニ關スル效果(當事者ノ國籍ニ關スル問題)

破産法ハ司法權行使ノ形式ヲ規定シタル法規ナルカ故ニ民事訴訟法ト同シク我帝國ノ司法權ニ服從スヘキ帝國ノ臣民及ヒ外國人ニ對シテ行ハル然レトモ外國人ニ對シテハ國際條約又ハ國法ノ認容ニ因リ二三ノ例外ナキニ非ス外國ノ君主公使及ヒ其家族等ハ國際條約若クハ國法ノ認容ニ因リテ我司法權ノ下ニ立タス隨テ破産法ノ適用ヲ受ケサルヤ明白ナリ(我帝國ノ君主ハ憲法上ノ形式ニ依ラサル行爲ニ付キ臣民ト爲ルモノニアラサルヲ以テ臣民ニ對スル司法權ノ下ニ立ツヘキモノニアラサルヤ疑ナキ所ナリ)

外國人タル債權者ハ其權利ノ執行ニ付キ內國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受クルヲ以テ破産關係ニ於テ亦內國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受クルヲ當然

トス故ニ外國人タル債權者ハ內國人タル債權者ト同シク內國ニ於ケル破産手續ニ參加シ又破産宣告ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得獨逸ノ「コーレン」氏ハ外國人タル債權者ハ訴訟上ノ保證ヲ立ツルコトナクシテ破産宣告ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲スコトヲ得ト主張シ其理由トシテ該申立ノ適否ハ破産裁判所カ調査スル所ナルヲ以テ申立權ヲ濫用スルノ虞ナシ隨テ訴訟上ノ保證ヲ立ツシムルノ必要ナシト云フニ似タレトモ余輩ハ民事訴訟法ノ準用トシテ反對ニ論結スルヲ正當ト認ム「ゾキフヘル」氏亦獨逸破産法ノ説明トシテ反對ノ論結ヲ認メタリ然レトモ國家ハ反對ノ立法即チ内外人ヲ同等視ヒサルノ法律ヲ設ケタルヲ妨ケラルルモノニアラス殊ニ甲國カ乙國ノ臣民ヲ自國ノ臣民ヨリ劣等視シタルトキハ乙國ハ甲國ノ臣民ニ對シ反坐法ヲ適用シ自國ノ臣民ヨリ劣等視スルノ法律ヲ設ケルコトヲ得ヘン但シ斯ル法律ハ外國ノ反抗ヲ招キ且ツ取引ノ發達ヲ害スルヲ以テ適當ナリト云フヘカラス故ニ獨佛諸國ニ於テ未タ斯ル規定ヲ設ケタルコトナシ我國ニ於テ亦然リ

破産法ハ人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法規ニアラサルヲ以テ又內國人タルカ爲

マニ内國ニ於テ破産宣告ヲ受クルハ毫モ理由ナキヲ以テ外國人タル債務者ハ内國人タル債務者ト同シク内國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケ故ニ外國人タル債務者ハ自ラ破産宣告ヲ受クル旨ノ申立ヲ爲シ協議契約ノ提供ヲ爲スコトヲ得ルハ内國人タル債務者ト同一ナリ

## 第二章 所ニ關スル效果法規ノ適用ニ關スル問題

狹義ノ渉外の破産法ハ一ノ破産手續ニ付キ内外國法カ互ニ衝突スル場合ニ於テ何レノ國法ニ依ルヘキヤヲ定ムルコトヲ目的トス此目的ニ基キタル法律上ノ論結ヲ所ニ關スル破産法ノ效果ト云フ

獨立國ニ於テハ二箇ノ權力ヲ認メサルヲ以テ我帝國ノ權力ノ一作用タル司法權ハ其力ヲ我帝國ノ領域内ニ止ムルヲ通則トシ國際條約又ハ外國法ノ認容ニ因リ外國ニ行ハルヲ例外トス又外國ノ權力ハ國際條約又ハ我國法ノ認容ニ因ルニアラスンハ我帝國内ニ於テ何等ノ效力ナシ故ニ國家ノ權力ノ作用タル執行權ヲ要スル權利ノ執行ハ裁判所所在地ノ法律ニ依リテ行ハレ又執行ニ關

スル訴訟行為ノ訴訟的及ヒ民法的效果亦該法律ニ依リテ定マルモノタリ然レトモ執行手續ニ於テ私法上ノ權利ノ當否ヲ確定スルノ必要ヲ生シタルトキハ之ヲ渉外の私法ノ原則ニ依リテ定メ訴訟法ニ依ルヘキモノニアラサルコトハ渉外の關係ニアラサル場合ニ於テ私法ニ依リテ定ムルト同一ノ法理ナリ而シテ破産ハ一ノ執行手續ナルコト前述ノ如シ故ニ破産手續ニ關スル狹義ノ渉外私法ハ斯ル法則ニ外ナラスシテ又法規ノ適用ニ關スル種種ノ問題ハ斯ル法則ニ依リテ定マルモノト云フヘシ是ヲ以テ破産ニ關スル行為ノ形式(申立、届出等)及ヒ其效力破産財團ノ範圍破産宣告ノ當時ニ現存スル債務者ノ財産ニ限ルヤ否ヤ)如何ナル程度ニ於テ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤ債權者ハ其各連帶債務者ノ破産ニ於テ債權全額ニ付キ又期限附若クハ條件附債權者ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ヘキ限度ニ於テ破産手續ニ参加スルコトヲ得ルヤ否ヤ)別除請求權ノ有無種類及ヒ其範圍及ヒ破産手續ノ終局方法等ハ何レモ破産裁判所所在地ノ法律ニ依リテ定マリ破産手續ニ於テ主張シタル權利ノ性質私法上ノ權利即チ物權債權其範圍其效力ノ有無其取得ノ方法意思表示ノミヲ以テ



取得スルヤ引渡ヲ要スルヤ其消滅其他質權抵當權ノ如キ優先權ノ效力順位等ハ何レモ渉外の私法ノ原則ニ依リテ之ヲ定ム但シ内國ニ於テ外國カ認メタル特種ノ優先權ノ主張ヲ許サス又ハ特定ノ制限ノ下ニ於テ主張ヲ許ストノ規定ヲ設クルコトヲ妨ケス斯ル場合ニ於テハ該規定タルヤ民法的規定ナレトモ禁止法トシテ之ニ反スル優先權ヲ排斥スルニ至ルヤ當然ナリ

### 第三章 時ニ關スル效果(法規ノ經過ニ關スル問題)

新法ヲ以テ舊法ヲ改正スルニ際シテハ多ク附則若クハ施行法ヲ以テ法規ノ經過問題ヲ定ムル法則ヲ設クルヲ通常トス故ニ法規ノ經過問題ニ關スル詳細ノ規定アルニ於テハ該問題ヲ解スルニ足ルヘキ法則ヲ説明スルハ實際上必要ヲ見ス然レトモ該規定ヲ缺カカ又ハ該規定カ不十分ナル場合ニ於テハ法規ノ經過問題ヲ定ムルニ足ルヘキ法則ヲ知ラサルヘカラス

破産關係ハ一ノ訴訟的關係ナリ故ニ法規ノ變更ニ際シテハ民事訴訟法ニ於ケルト同シク未完結ノ確定事件ニ付キ新法ヲ適用シテ完結スルヲ當然ノ法則ト

ス其理由ハ新法ハ舊法ニ優ルト云フニアラス又手續法ヲ改正スルモ當事者ノ既得權ヲ害セスト云フニアラス裁判所ハ廢止セラレタル舊法ニ依リ裁判權ヲ行フコト能ハサルニ在リ隨テ舊法ニ從フ法律關係ノ設定行為ハ新法以後存續スルモ舊法ニ從フ法律關係ニ於テ取得シタル權利ハ新法カ是認シタル限度ニ於テ存續シ又舊法時代ニ成立シタル狀態ハ新法カ是認シタル限度ニ於テ存續シ新法ニ基ク狀態ト結合シテ其效ヲ奏ス

## 附言

### 第一章 破産罰則

破産ニ關スル罰則ハ其性質上刑法中ニ規定スルヲ理論ニ適シタル編纂トス故ニ佛蘭西ニ於テハ刑法第四百二條以下ニ於テ壞太利ニ於テハ刑法第九十九條乃至第二百四條、第四百八十六條ニ於テ獨逸ニ於テハ刑法第二百八十一條乃至第二百八十三條ニ於テ破産罰則ヲ規定シタリ我國ニ於テ亦然リ刑法第三八八條第三八九條(ボアソナード)氏日本刑法理由書參考然レトモ刑法ノ破産罰則ハ

不完全又ハ不十分ノ所アリタルヨリシテ佛蘭西ニ於テハ商法ノ破産法規中ニ破産罰則ヲ設ケ以テ破産罰則ヲ補充シ獨逸ニ於テハ破産法中ニ於テ破産罰則ヲ掲ケ以テ刑法ノ破産罰則ヲ廢止シタリ我商法亦然リ隨テ刑法第三百八十八條及ヒ第三百九十八條ハ有罪破産ニ適用ナキコト爲レリ斯ル沿革ヨリシテ破産法規中ニ破産罰則ヲ設クルノ立法例ヲ生シタリ(伊太利商法第八五六條乃至第八六一條白耳義商法第五七三條乃至第五七八條)

破産罰則ヲ破産法規中ニ規定スルハ理論的編纂ニ反スト雖モ便宜的編纂タル價值ヲ失ハス蓋シ破産罰則ハ破産法規ニ密接ノ關係アルヲ以テ破産罰則ヲ刑法中ニ規定スルトキハ他日破産法ヲ改正スルニ方リ常ニ刑法ヲモ改正セサルヲ得タルノ不便ヲ感スルヲ以テナリ故ニ近世ノ立法ハ多ク破産罰則ヲ破産法規中ニ規定スル方向ニ傾ケリト思ハル

破産罰則ノ適用ヲ受クル所爲ニ二アリ破産者ノ所爲及ヒ破産者ニ非ナル者ノ所爲是ナリ

(一) 破産者ノ所爲即チ有罪破産 學理ニ忠實ナル見解トシテハ有罪破産トハ

債務者カ其財産ヲ故意又ハ過失ニ因リテ減少シ又ハ隱匿スルニ因リテ成立スル債權者ノ債權ヲ侵害スルノ所爲ナリト謂フヘシ故ニ有罪破産ノ目的ハ債權ノ侵害即チ財産ノ侵害ニシテ彼ノ信用ヲ害スルノ所爲或ハ社會ニ對スル犯罪ナリトノ見解ハ探ルニ足ラサルナリ(刑法第二編第二章財産ニ對スル罪第四節家資分散ニ關スル罪ノ編纂上ノ地位引用)文ニ忠實ナル見解トシテハ有罪破産トハ破産宣告ヲ受ケタル破産者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ヲ間ハス法律上特定セル行爲ヲ爲スニ因リ成立スル犯罪ナリト謂フヘシ(第一〇五〇條第一項第一〇五一條第一項此二者ノ見解ハ互ニ矛盾スルモノニアラス法律ハ債權侵害ナル學理的要素ヲ表示スルニ代ヘ債務者カ破産宣告ヲ受ケ且ツ支拂停止ノ前後又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ法定ノ行爲ヲ爲シタルコトヲ以テ法定セル特別ノ行爲ノ存スル限ハ債權ノ侵害アルモノト看做シ以テ各場合ニ債權侵害ノ要素ノ存否ヲ判斷スルノ煩累ヲ避ケタリ

故意又ハ過失ニ因ル財産ノ減少又ハ財産ノ隱匿ナル學理的要素ヲ表示スルニ代ヘ通常財産の狀態ニ損失又ハ危害ヲ來スヘキ行爲ヲ制限的ニ列記シタリ制

限の列記ナルカ故ニ法定ノ行爲中ニ屬セサルモノハ假令損失又ハ危害ヲ來スノ實蹟アルモノト雖モ有罪破産トシテ罰セラルヘキモノト爲ラス有罪破産ノ意義左ニ有罪破産ノ要件種類及ヒ刑罰ヲ略論スヘシ

(A) 要件 以上論述シタル有罪破産ノ意義ヨリシテ有罪破産ナル所爲ノ成立スルニハ左ノ二要件ヲ具備スルコトヲ要スルコトト爲ル

第一 債務者カ破産宣告ヲ受ケタルコト 債務者ヲ有罪破産者トシテ罰スルニハ債務者カ破産宣告ヲ受ケタルコトヲ必要ト爲スヤ否ヤニ關シテハ佛蘭西ニ於テ論争二派ニ分ル多數ノ學者殊ニ「ローレン氏」ノ如キ千八百八十年十二月二十三日ノ判例ノ如キハ消極的ニ論結セリ少數ノ學者殊ニ「リオンカン氏」ノ如キハ積極的ニ論結セリ消極論旨ハ民事裁判權及ヒ刑事裁判權ハ互ニ獨立ス隨テ特別ノ明文ナキ以上ハ公訴ノ執行カ民事的裁判ノ存在ヲ前提ト爲スノ理由ナシ又刑事裁判所ニ於テ有罪破産ノ裁判ヲ爲スニ方リ破産裁判所ノ破産宣告アルカ爲メニ破産宣告ノ要件ノ有無ノ調査ヲ爲スコトヲ免ルルモノニアラス破産宣告ノ有無ニ拘ラス破産宣告ノ要件ノ有無ヲ調査スヘキモノナリト云フ

ニ在リ積極論旨ハ破産ニ關スル裁判ノ牴觸ヲ來スノ失體アルヲ以テ刑事裁判所ハ有罪破産ノ裁判ヲ爲スニ當リ豫斷問題トシテ破産裁判所ノ破産宣告ヲ前提トシ又之ヲ無視スルヲ得スト云フニ在リ我商法第五十條及ヒ第五十一條第一項ハ破産宣告ヲ受ケタル債務者下明言シ以テ斯ル論争ヲ豫防シタリ故ニ地方裁判所ノ民事部カ破産裁判所トシテ破産宣告ヲ爲シタル後ニアラスンハ有罪破産ニ關スル裁判ヲ爲スコト能ハサルモノト知ルヘシ(裁判所構成法

## 第二八條(第一九條)

第二 債務者カ支拂ノ停止又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ法定ノ行爲ヲ爲シタルコト 債務者カ同一ノ破産事件ニ付キ商業帳簿ノ毀滅及ヒ財産ノ隠匿ト云フカ如キ二箇ノ行爲ヲ爲スモ爲メニ數罪俱發ト爲ラス詐欺破産ニ關スル行爲ト過怠破産ニ關スル行爲トヲ爲シタル場合亦然リ此後者ノ場合ニ於テハ詐欺破産トシテ責任アルノミ何トナレハ斯ル數箇ノ行爲アルカ爲メニ數箇ノ犯罪即チ有罪破産ナリト云フコト能ハサレハナリ

有罪破産ノ要素タル法定行爲ハ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ニ發生スルカ故

ニ法定行為カ支拂停止ノ前後又ハ破産宣告前ニ發生シタルトキハ有罪破産ハ破産宣告ト同時ニ成立シ法定行為カ破産宣告後ニ發生シタルトキハ同時ニ有罪破産ノ成立スルモノト知ルヘシ

(B) 種類 我商法ハ佛蘭西商法第五百八十五條第五百八十六條第五百九十一條獨逸破産法第二百三十九條第二百四十條等ト同シタ債務者ノ行為ノ種類ニ因リ過怠破産ト詐欺破産トヲ設ケタリ(第一〇五〇條第一〇五一條)左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 過怠破産 破産宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ左記ノ行為ヲ爲シタルトキハ過怠破産者トシテ罰セラル(第一〇五一條)

(1) 一身又ハ一家ノ過分ナル費用(一身又ハ一家ノ爲メニ避クルコトヲ得ル各種ノ費用博奕財物ノ得喪ヲ偶然ノ事實ニ因レル勝敗ニ係ラシムル行為刑法第二六一條空取引相場ノ高低ノミニ因リ爲ス差額取引又ハ不相應ノ射利ニ因リテ過分ニ財産ヲ減少シ若クハ過分ノ債務ヲ負ヒタルトキ

(2) 支拂停止ヲ延ハサンカ爲メ損失ヲ生スル取引即チ一時支拂資料ヲ得ルモ

他日財産ニ減少ヲ來ス取引ヲ爲シテ支拂資料ヲ調ヘタルトキ例ヘハ高利ノ金圓ヲ借受ケ或ハ賣却ノ目的ヲ以テ通常市價以上ニ物件ヲ買取リタルカ如キ是ナリ損失ヲ生スル取引ヲ爲シタルヲ要ス故ニ債務者カ其所有物件ヲ通常市價以下ニ賣却シタルモ損敗ヲ避ケンカ爲メニ爲シタル取引ハ之ニ屬セス何トナレハ這ハ損失ヲ生スル取引ニアラスシテ却テ損失ヲ避クル取引ナレハナリ支拂停止ヲ延ハサンカ爲メニ爲シタルモノナルヤ否ヤハ事實問題ナレハ判事ノ判斷スル所ナリ

(3) 支拂停止ヲ爲シタル後支拂又ハ擔保ヲ爲シテ或債權者ニ利ヲ與ヘ財團ニ損害ヲ加ヘタルトキ此場合ニ於テ注意スヘキコトハ第一ニ支拂ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シタル行為カ支拂停止後ニ存シタルコトヲ要ス故ニ商法第一千五百一條「……支拂停止……前後ヲ問ハス……」ノ例外ト知ルヘシ斯ル行為カ商法第九百九十條及ヒ第九百九十一條ニ基キ有效ナルヤ否ヤハ過怠破産ノ成立要件ニアラス故ニ債務者ノ支拂停止後爲シタル支拂カ相手方ノ善意ナルカ爲メニ有效ナルトキト雖モ(第九九一條過怠破産ノ成立スルコトアルヘタ債務者カ從來負擔

シタル債務ノ爲メニ新ニ擔保ヲ供シタルモ支拂停止前ナルニ於テハ過怠破産ノ成立スルコトナシ第二ニ財團ニ損害ヲ加ヘタルヲ要ス債務者カ破産債權者團體ニ損害ヲ加フル意思ノ有無ハ法律上問フ所ニアラサルナリ債務者ノ支拂又ハ擔保提供ノ爲メニ財團ニ損害ヲ生スルヲ以テ足レリトス是ヲ以テ(1)債務者カ支拂停止後物の擔保債權者ニ債務ヲ支拂ヒ爲メニ擔保ノ目的物ヲ濫除セラレタルトキハ財團ヲ害スルノ事實ナキヲ以テ過怠破産ト爲ラス(2)債務者カ支拂ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シテ利ヲ與ヘタル債權者ハ必スシモ破産債權者タルヲ要セス財團ニ損害ヲ加ヘタル以上ハ破産債權者ニアラサル債權者ニ支拂ヲ爲スモ過怠破産ヲ成立スルニ足ル第一〇五一條第三號……或ル債權者……獨逸破産法第二一一條

(4) 商業帳簿ヲ秩序ナク記載シ藏匿シ毀滅シ又ハ全ク記載セサルトキ債務者カ商人ナルトキハ商業帳簿ヲ備ヘ且ツ明瞭ニ法定事項ヲ記載スルノ義務アリ(商法第二五條破産シタル債務者カ此義務ニ違背シ商業帳簿ヲ備ヘサルトキハ勿論商業帳簿ニ法定事項ヲ全ク記載セサルカ秩序ナク記載シ即チ第三者カ商

業帳簿ニ付キ債務者ノ貸借關係ヲ知ルコト能ハサル程度ノ記載ヲ爲シタルカ藏匿即チ發見ヲ妨クル行爲ヲ爲シタルカ又ハ商業帳簿ノ全部又ハ一分ヲ毀損若クハ滅失シタルトキハ過怠破産者ト爲ル(5) 破産者カ財産目録貸借對照表ノ作成若クハ支拂停止届出ノ義務ヲ怠リタルトキ又ハ裁判所ノ許可ヲ得スシテ其住所ヲ離レタルトキ商法施行法第一四二條商法第二六條第九七九條第一〇〇三條

(b) 詐欺破産 破産宣告ヲ受ケタル債務者カ支拂停止又ハ破産宣告ノ前後ニ於テ債務者ヲ害スルノ目的ヲ以テ左ノ行爲ヲ爲シタルトキハ詐欺破産者トシテ罰セラル(第一〇五〇條)

詐欺破産ノ成立スルニハ内部ノ要素トシテ債務者ニ其債權者ヲ害スルノ意思アルヲ要ス是レ過怠破産ト著シク異ナル一點ニシテ獨逸破産法第二百三十九條ノ明言スル所ニシテ又我商法草案理由書ニ依リ明瞭タリ我商法第千五十條ニ於テ「債權者ニ損害ヲ被ラシムル意思ヲ以テ」明文ヲ貸方財産ノ全部若クハ二分ヲ藏匿シ若クハ脱漏シ」ノ行爲ノミニ關係セシメタルハ狭キニ失スルコト



- 下信シ
- (1) 履行スルノ意ナキ義務又ハ履行スル能ハサルコトヲ知リタル義務ヲ負擔シタルトキ
- (2) 貸借財産ノ全部又ハ一分ヲ藏匿シ轉匿シ若クハ脱漏シタルトキ貸方財産トハ動産不動産及ヒ債權ヲ指示シ藏匿廣義ノ藏匿ハ轉匿ヲモ包含ス第千五十一條第四號所謂藏匿ノ如キ即チ是ナリトハ財産ノ所在ヲ變更セスシテ發見ヲ妨害スルノ行為ヲ指示シ轉匿トハ財産ノ所在ヲ變更シテ發見ヲ妨害スルノ行為ヲ指示シ脱漏トハ虛偽ノ讓渡ヲ爲シ或ハ虛偽債權ノ擔保物ト爲シ以テ債權者ノ處分權ヲ妨害スル行為ヲ指示ス
- (3) 借方現額ヲ過度ニ掲ケ即チ全部又ハ一分ノ消滅アリタル債務ヲ明示シ或ハ認諾シタルトキ
- (4) 商業帳簿ヲ毀損滅失シ藏匿轉匿ヲ包含スシ又ハ財産的狀態ヲ知ルコト能ハサル程度ニ於テ之ヲ偽造變造シタルトキ(偽造變造ノ意義ハ刑法ニ於テ研究スヘシ事實ノ真正ヲ害スル新ナル帳簿作成ハ偽造ニシテ事實ノ真正ヲ害シ既

存ノ帳簿ヲ増減變換スルハ變造ナリト謂フヲ得ヘシ)

- (0) 刑罰 有罪破産ニ對スル刑罰ハ明治二十三年十月法律第百一號ニ於テ規定セラレタリ即チ詐欺破産者ハ輕懲役ニ過意破産者ハ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ處セラル
- (二) 破産者ニアラサル者ノ所爲 詐欺破産者ノ其犯者ハ刑法ノ原則ニ從ヒ處罰セラル(刑法第一〇四條乃至第一一〇條過意破産ニ共犯ナキコトハ其性質上明瞭ナルノミナラス商法第千五十二條……又第千五十條ノ罰則ハ……有罪行為ヲ行フ際犯者ヲ助ケ……タル者ニモ之ヲ適用ス)明文ノ反對推理ニ依リ一點ノ疑ナキコトト信ス
- 破産者ニアラス又破産者ノ共犯者ニアラスシテ破産ニ關シ法律上特定ノ行為ヲ爲シタル者即チ(1)會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及ヒ清算人(2)破産管財人(3)第三者(4)債權者ハ特別ノ犯罪者トシテ罰セラル左ニ之ヲ分説スヘシ
- (1) 會社ノ業務擔當ノ任アル社員若クハ取締役及ヒ清算人 此等ノ者ハ會社

ハ法定代理人タルニ過キス故ニ會社カ破産シタルカ爲メニ破産者トシテノ責ヲ任スルモノニアラス然レトモ此等ノ者ハ自然人タル破産者カ爲スモノト同一行爲ヲ事實上爲シ得ルモノナルカ故ニ法律ハ此等ノ者カ商法第千五十條及ヒ第千五十一條ニ規定セル行爲ヲ爲シタルトキハ有罪破産ノ刑ニ處レタリ第一〇二五條獨逸破産法第二四四條)

(2) 破産管財人 破産管財人ハ官吏ナルカ故ニ(管財人ヲ官吏ナリトセハ刑法第二百八十九條ノ間フ所ト爲ラス唯刑法第三百九十五條ノ賄罪ヲ成立スルコトアルヘシ(佛蘭西刑法第四〇八條)財團ニ屬スル物件ヲ竊取シタルトキハ刑法第二百八十九條ノ間フ所ト爲ル(公吏ト論結スルモ明治二十二年法律第百號ニ依リ刑法第二百八十九條ノ間フ所ト爲ル)管財人カ債權者ヲ害スルノ意思ヲ以テ商法第千五十條ニ規定セル行爲ヲ爲シタルトキハ刑法上之ヲ罰スヘキ規定ナシ斯ル場合ニハ之ヲ罰スルヲ立法上正當トス是ヲ以テ我商法第千五十二條ハ之ヲ罰スル旨ヲ規定シ以テ破産管財人ヲシテ背信ノ所爲ヲ行フコトナカラシム(佛蘭西商法第五九七條獨逸刑法第二六六條)

(3) 第三者 破産者ハ利益ハ爲メニ有罪行爲ノ意義大ニ曖昧ナリ然レトモ商法第千五十條ノ間則テ適用スル法意ヨリ推究セハ同條ニ規定セル行爲ヲ指示スルモノト云フヲ得ヘシ立法上ノ見解トシテ獨逸佛蘭西ノ規定ニ於ケルカ如ク行爲ノ種類ヲ明記スルヲ正當ト認ム殊ニ財産ノ藏匿脱漏ヲ爲シ或ハ虚偽ノ債權ヲ届出テ又ハ第三者ヲシテ届出借方現額ヲ過度ニ掲ケニ該當ス)テシメタル者ハ詐欺破産ノ刑ニ處セラル(第一〇五二條獨逸破産法第二四二條、佛蘭西商法第五九三條破産者ノ利益ノ爲メニアラスシテ自己ノ利益ノ爲メニ財産ヲ藏匿シタルトキハ竊盜罪ト爲ル然レトモ自己又ハ第三者ノ利益ノ爲メニ虚偽ノ債權ヲ届出テタルトキハ如何ナル犯罪ヲ構成スルカ獨逸破産法及ヒ佛蘭西商法ニ於テハ明文ヲ以テ處罰スヘキ旨ヲ規定セリ我國ニ於テハ別ニ明文ナシ然レトモ刑法上詐欺取財罪トシテ罰スルコトヲ得ヘキモノト信ス刑法第三九〇條)

(4) 債權者 破産債權者カ破産者若クハ第三者ト賄賂即チ特別ノ利益ヲ受ケ以テ債權者集會ニ際シ特定ノ方針ニ從ヒ投票ヲ爲ス旨ヲ約シタルトキハ當事

者雙方ヲ二年以下ノ重禁錮ニ處シ又ハ千圓以下ノ罰金ニ處ス第一〇五三條獨逸破産法第二一三條佛蘭西商法第五九七條投票買收罪ナルモノ是ナリ法律上之ヲ罰スル理由ハ斯ル行爲ハ破産債權者全體ノ利益ヲ害スルヲ以テナリ此種ノ犯罪ハ當事者間ニ於テ約束ヲ爲シタルトキ債權者カ賄賂ノ目的物ヲ收受シタルコトヲ必要トセス何トナレハ當事者間ニ於テ投票終局後賄賂ノ目的物ヲ授受スルコトアルヲ以テ投票買收ノ約束ノミニ因リ立法者ノ豫防セントスル危害ノ發生シタルモノト云フヘケレハナリ故ニ佛蘭西商法ハ約束ノミヲ以テ足レリトセリニ於テ成立シ破産債權者カ實際約定ノ如ク債權者集會ニ於テ投票シタルト否トニ拘ラサルモノタリ是レ商法第五十三條ニ於テ「……債權者ニ賄賂ヲ爲シタルトキハ」ト明言スルニ止メタル所以ナリ

附言 有罪破産事件ハ地方裁判所刑事部カ刑事訴訟法ニ從ヒ審判シ破産裁判所ノ管轄スヘキモノニアラサルナリ何トナレハ有罪破産事件ハ刑事ニシテ民事ノ性質ヲ有スル破産事件ニアラサレハナリ

## 第二章 支拂猶豫

羅馬ノデウスチニヤン帝時代ノ法律ニ於テハ債權者ノ多數カ債權者ノ少數ノ意思ニ反シテ債務者ノ利益ノ爲メニ債務ノ支拂猶豫ヲ與フルコトヲ得ル所謂強制的支拂猶豫ナル制度ヲ認メタリ *Mortuarium* ナルモノ即チ是ナリ債權ノ多數ハ債權ノ多數ニ因リ之ヲ定メ債權ノ債額同等ナルトキハ債權者ノ多數ニ因リ之ヲ定ム猶豫ノ期間ハ五箇年ヲ超過スルコトヲ得ス又支拂猶豫ハ權利ノ拋棄即チ免除ニアラスシテ單ニ一時債權ノ主張ヲ爲ササルノ謂ニ外ナラサレハ支拂猶豫ヲ得タル債務者ハ特定期間債權者ヨリ訴求セラルルコトナキノ效果ヲ生ス

現今自伊、西、蘭、露等ノ諸國ハ皆支拂猶豫ヲ認メタリ其立法上ノ目的ハ自己ノ過失ニアラスシテ債務ノ支拂ヲ一時停止シタル商人ノ不幸ヲ救済シ且ツ其信用ヲ維持セシメ即チ破産宣告ヲ避クルヲ得セシメ兼テ債權者ヲシテ破産手續上免ルヘカラサル費用、時間、努力等ヲ節略スルヲ得セシムルニ外ナラス瑞西破産

法ニ於テ認メタル破産前協議契約ナルモノハ支拂猶豫ト名ヲ異ニシテ實ヲ同シウスルモノト信ス  
佛蘭西商法ニ於テハ破産宣告前ノ和解及ヒ破産宣告後ノ和解ナル制度ヲ認メ支拂猶豫ヲ認メナリキ獨逸ニ於テハ管テ支拂猶豫ナル制度ヲ認メタルモ這ハ債權者ニ自己固有ノ債務ノ支拂ニ充ツルヲ得ヘキ債權ノ支拂ヲ長時間猶豫スルノ不利益ヲ被ラシメ且ツ惡意ノ債務者ニ不當ノ利益ヲ得セシムルノ具タルニ止マリ全然信用ヲ害スルモノトシテ之ヲ廢止シタリ獨逸破産法舊施行法第四條獨逸民事訴訟法舊施行法第一四條

我商法ハ白伊諸國ノ立法例ト同シク支拂猶豫ナル制度ヲ認メタリ(第一〇五九條)商法施行法第一四五條其立法上ノ目的ハ前述ノ如ク不幸ナル債務者及ヒ債權者ノ利益ノ爲メニ破産宣告ヲ避クルコトヲ得セシムルニ在リ斯ル制度ノ立法上ノ當否ハ我國ノ取引上ノ情況ニ因リ判斷スヘキモノナレハ茲ニ机上ノ立法論ヲ省略スヘシ

(一) 意義 支拂猶豫トハ商行爲ニ因リテ生シタル債務ニ付キ自己ニ過失ナク

シテ支拂ヲ中止セサルコトヲ得サルニ至リタル商人ナル債務者ト債權者全體トノ間ニ成立シ一箇年以内支拂ノ猶豫ヲ爲シ且ツ裁判所ノ認可ヲ得タル契約ナリ(第一〇五九條)商法施行法第一四五條

支拂猶豫ノ契約タルコトハ商法第六十三條「猶豫契約」ノ明文ニ徴シ一點ノ疑ナシ而シテ支拂猶豫ノ成立ニハ協議契約ト同シク警察上ノ目的ノ爲メニスル裁判所ノ干涉ヲ必要ト爲ス此裁判所ハ債務者ノ營業所若クハ住所ヲ管轄スル裁判所即チ破産裁判所タルヘキ裁判所タリ蓋シ此種ノ裁判所ハ事情ヲ最モ適當ニ認知スルノ便宜ヲ有スレハナリ(商法施行條例第五一條)

支拂猶豫ハ破産手續開始ヲ避クル契約ナルカ故ニ商行爲ニ基ク債務ニ付キ支拂ヲ中止即チ一時停止セサルコトヲ得サルニ至リタル商人ナル債務者即チ破産者タルヘキ債務者及ヒ破産債權者タルヘキ債權者全體カ當事者ト爲ル隨テ商法第五十九條ノ商事上ノ債權者ナル用語ハ狹隘ニ失スト云ハサルヲ得ス蓋シ商事上ノ債權者ニアラスト雖モ破産債權者タルヘキ債權者ハ破産宣告ノ申立ヲ爲シ得ヘキヲ以テ支拂猶豫カ商事上ノ債權者ノミニ對シテ成立スルモ

其目的ヲ達スルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ新商法施行法第百四十五條ハ其債權者ト云ヘリ

支拂猶豫ハ不幸ナル債務者ノ爲メニ設ケタル制度ナリ故ニ自己ノ過失ナクシテ支拂ヲ中止セサルコトヲ得サルニ至リタル債務者タルヲ要シ(第一〇五九條)又債權者ハ共同利益ノ爲メニ多數決ニ服従スヘキ義務ヲ負フ故ニ債權者全體ハ多數決ニ因リ其意思ヲ表示シ支拂猶豫ノ相手方ト爲ル

支拂猶豫ハ一箇年ノ期間ヲ超過スルコトヲ得ス蓋シ期間ナケレハ支拂猶豫ノ目的ヲ達セサル場合ニ債權者ニ多大ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヲ以テナリ(二) 成立 支拂猶豫ハ一ノ契約ナリ故ニ其成立ニ關シテハ債務者ノ申込ト債權者ノ承諾トヲ必要トス又支拂猶豫ハ法定要件ヲ具備シタル場合ニアラスンハ之ヲ認メサルモノナルヲ以テ其成立ニ關シテハ裁判所ノ認可ヲ必要トス左ニ之ヲ論スヘシ

(A) 申込 債務者ハ支拂猶豫申込ノ準備手續トシテ管轄裁判所ニ支拂猶豫ノ申込ヲ爲シ且ツ支拂猶豫ノ申込ヲ爲スノ要件ヲ備ヘ猶豫契約ヲ履行スルニ十

分ナル資力アル旨ヲ明瞭ナラシムル爲メニ商法第千六十條第一號乃至第三號ニ規定セル諸件ヲ申立ニ添附セサルヘカラス

管轄裁判所ハ前示申立ヲ適當ト認メタルトキハ一面ニ於テハ申立及ヒ添附書類ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置キテ公衆ノ展覽ニ供シ且ツ支拂猶豫ノ諸否ヲ定ムルカ爲メニスル債權者ノ集會期日ヲ定メテ之ト共ニ申立及ヒ添附書類ヲ備ヘ置キタル旨ヲ公告ス是レ商法第千三十八條第二項後段ト同一法意ニ出ツ他ノ一面ニ於テハ申立書ニ添附セル債權者名簿ニ基キ集會ノ爲メニ債權者ヲ各別ニ招集ス是レ債務者ヲ保護シ支拂猶豫ニ關スル議決權行使ニ付キ遺憾ナカラスシムルヲ期スルニ在リ又管轄裁判所ハ支拂猶豫ノ假許可ヲ與フルコトヲ得蓋シ斯ル方法ナキトキハ一方ニ於テハ支拂猶豫ノ申立アルニ拘ラス他ノ一方ニ於テ支拂停止ノ故ヲ以テ破産宣告ヲ爲ササルヲ得サルノ缺點アルヲ以テナリ(第一〇六〇條)

債務者ハ債權者ノ集會期日ニ出席シテ支拂猶豫ノ申込ヲ爲シ(第千六十一條)債權者ト……辯論ヲ爲ス債權者ハ之ニ對シ多數決ヲ以テ諾否ノ意思ヲ表示



ス

(B) 承諾 裁判所内ニ於テ開ク集會ノ期日ニ於テハ裁判所ヨリ任セラレタル主任判事受命判事ト其性質ヲ同シウス)カ議長ト爲リ集會ヲ整理シ第一〇六一條……上席ヲ以テ……裁判所書記ヲシテ債務者ト債權者トノ辯論ノ大要及ヒ議決ニ付テノ調書ヲ作成セシム(民事訴訟法第一六二條準用是レ債權者ノ資格ハ決議ノ結果其他集會ノ方式等ニ付キ論議ナカラシムルノ法意ニ出ツ)出席シタル債權者ハ債務者ノ申込ニ對シ當否ヲ議ス而シテ其承諾ハ商法第三十六條ニ規定セル過半数ヲ得ルニ因リテ成ル詳細ハ前述セル債權者集會ノ説明ヲ參考スヘシ

(C) 認可 裁判所ハ主任判事ノ演述ヲ聽キ事情ヲ詳知シタル後決定ノ形式ヲ以テ承諾ヲ得タル支拂猶豫カ法定要件ニ適シタリト認メタルトキハ認可ヲ爲シ然ラサルトキハ認可ヲ爲サス前者ノ決定ニ對シテハ利害關係アル少數反對ノ債權者ヨリ後者ノ決定ニ對シテハ債務者又ハ賛成シタル債權者ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得第一〇六二條第一項商法施行條例第二四條

## 第二五條

## (三) 效力

(1) 支拂猶豫ハ債權者全體カ債務者ニ對シ一年以内ノ特定期間債務ノ履行ノ延期ヲ認メタルニ外ナラサルヲ以テ債務者ハ猶豫期間中支拂猶豫契約成立以前ニ取結ヒタル商取引ヨリ生シタル債權ノ爲メニ強制執行及ヒ破産宣告ヲ受クルコトナシ(第一〇六三條第一項前段猶豫期間ハ當事者ノ利益ノ爲メニ一同一限リ前示ノ法定手續ヲ履ミテ之ヲ延長スルコトヲ得但シ其期間ハ一箇年ヲ超ユルコトヲ得ス何トナレハ若シ然ラスンハ商法第五十九條ノ法定制限ヲ無視スヘクレハナリ(第一〇六二條第二項))

(2) 支拂猶豫ノ履行及ヒ其履行ニ因果ノ關係アル業務ノ施行ニ關シテハ主任判事ノ監督ヲ受ク其法意ハ商法第四十三條第三項同一ナリ(第一〇六三條第一項後段故ニ茲ニ贅セス)

(3) 支拂猶豫ハ不幸ナル債務者其者ノ爲メニ成立シタル破産的契約ナルヲ以テ共同義務者ノ義務ニ變更ヲ生セサルコト協議契約ト同シ第一〇六三條第二

- 項第一〇三〇條詳細ハ協議契約ノ效力ニ於テ述ヘタル説明ヲ參考スヘシ
- (四) 支拂猶豫ノ無効失効及ヒ破産手續ノ開始
- (1) 支拂猶豫ハ一ノ契約ニシテ且ツ裁判所ノ認可ヲ要件ト爲スヲ以テ債權者ノ承諾ヲ得ス若クハ裁判所ノ認可ヲ得サルトキハ無効タリ
- (2) 支拂猶豫ノ成立ニ關シ債務者カ詐欺其他不正行爲ヲ爲シタルカ(第一〇四一條第三號第一〇四二條第二項説明參考)若クハ法律上ノ條件法律上ノ條件トハ如何ナル事項ヲ示スモノナルヤ解釋上疑問ニ屬ス余輩ハ第一千五百九條ニ規定セル實體の要件ヲ指示スルモノト信ス何トナレハ第六百六十條以下ノ形式の要件ヲモ指示スルモノトセハ支拂猶豫ヲ大ニ不確實ナラシムルニ至レハナリ
- ヲ缺ク所アルカ爲メ(第一〇五九條裁判所カ利害關係人ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ立法上ノ目的ニ伴ハサル支拂猶豫ヲ廢止シタルトキハ其猶豫ハ效力ヲ失フ
- (3) 債務者ノ不履行ノ爲メニ支拂猶豫ヲ解除シタルトキ(第六百六十四條ハ解除手續ヲ省略シ債務者ノ不履行ヲ以テ當然解除ト爲セリ)ハ其猶豫契約ハ效力ヲ

失フ

- (4) 債務者ニ對シ債權ヲ取消シタル債權者即チ他ノ債權者カ債務者ノ財産ニ對シ支拂猶豫期間中強制執行ヲ爲スニ至リタルトキハ其猶豫契約ハ效力ヲ失フ蓋シ尙ホ效力アルモノトセハ強制執行後財産ノ減損ヲ來シ支拂猶豫契約ノ履行不能ト爲リ之カ契約ノ當事者タル債權者ヲ害スルヲ以テナリ(第一〇六四條)

支拂猶豫契約カ或ハ無効タリ或ハ效力ヲ失ヒタルトキハ裁判所ハ破産手續ヲ開始セサルヘカラス何トナレハ債務者ニ對シテハ破産宣告ノ要件存スレハナリ(第一〇五九條第九七八條)此場合ニ於テハ支拂猶豫申立ノ日附ヲ以テ支拂停止ノ日ト定メ以テ支拂停止ノ日時ニ關スル紛爭ヲ防止ス

猶豫期間中有効ニ債權ヲ取得シタル者ハ破産債權者トシテ配當ニ加入スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス(第一〇六四條)

## 破産法終



# 講習科規則摘要

- 一 乙種講習科ハ講義録ニ依リテ獨習ヲ爲スモノトス
- 一 講習期ハ二月ニ始リ十一月ニ終ル
- 一 講義録ハ各講師擔任ノ部分ヲ一括シテ配布ス
- 一 講習料ハ金拾貳圓トス但三十四年度ニ限り左ノ一部又ハ二部ヲ講習スルコトヲ得
- 第一部 民事訴訟法 金六圓
- 第二部 民法、債權法、經濟學、財政學 金四圓
- 第三部 刑法、刑事訴訟法、憲法、行政法、國際法、國際私法 金五圓
- 右講習料ハ何レモ一ヶ月分以上ヲ分納スルコトヲ得(但入學ノ際ニハ成ルヘシ)
- 一 講習生ハ講義録ニ掲載セル事項ニ付キ質問ヲ爲スコトヲ得但一問毎ニ別紙ニ認メ且一問毎ニ一音信料ヲ添フルコトヲ要ス
- 一 講習料ハ和佛法律學校會計局宛ニテ送付スヘシ但郵券代用ハ一割増ノ事

明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十四年十一月二十一日印刷  
明治三十四年十一月二十五日發行

編輯者 松田久次郎  
東京市牛込區早稲田南町三十九番地

印刷者 小宮山信好  
東京市牛込區矢來町三番地  
印刷所 金子活版所  
東京市芝區西ノ久保明舟町十二番地

發行所 司法省 和佛法律學校  
指定 東京市總町區富士見町六丁目十六番地  
(電話番町百七十四番)